PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

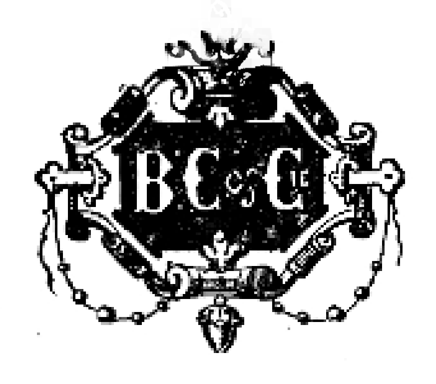
F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME QUINZIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

1878

TITRE III

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

(Suite.)

CHAPITRE VIII.

DU PARTAGE D'ASCENDANT (1).

SECTION I. — Conditions requises pour qu'il y ait partage d'ascendant.

§ Ier. *Notions générales.*

1. L'article 1075 porte : « Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. » Régulièrement le partage se fait par les parties intéressées. Pourquoi la loi permet-elle aux ascendants de partager eux-mêmes leurs biens entre leurs descendants? L'orateur du gouvernement répond, dans l'exposé des motifs, que le but de ce partage exceptionnel est de prévenir les dissensions qui s'élèvent entre les enfants, et qui trop souvent déchirent les familles à l'occasion des partages. Bigot-Préameneu ajoute que personne mieux que les pères et mères ne connaît la valeur, les avantages, les inconvénients que présentent les biens qu'ils délaissent ; mieux que tout autre ils pourront composer les lots, en

(1) Genty, *Des partages d'ascendants,* 1 vol. in-8°. Paris, 1850. Réquier, *Traité des partages d'ascendants,* 1 vol. in-8°. Paris, 1868. Bertauld, *Du partage d'ascendant* (questions de code Napoléon, t. II, Paris, 1869). De Folleville, *Du partage d'ascendant* (Programme, 2e examen, tome I, p. 322, Appendice).

tenant compte des besoins et même des prédilections de leurs enfants. Le partage d'ascendant a encore un avantage, c'est d'empêcher les partages judiciaires, qui deviennent une nécessité lorsque les enfants ne s'entendent pas, et qui, malheureusement, absorbent une grande partie de l'hérédité. Ces dernières considérations ne sont que secondaires. Quant au but principal que le législateur a eu en vue, il est rarement atteint; les ascendants ne font pas toujours les partages avec l'esprit d'équité que le législateur leur suppose; ils abusent de la faculté que le code leur donne pour avantager indirectement un enfant chéri aux dépens de ses frères et sœurs; de sorte que des actes destinés à maintenir la concorde entre les enfants deviennent une source de discordes et de haines. Autant valait, nous semble-t-il, maintenir l'ordre régulier des choses (1).

2. Le partage d'ascendant fait par testament est d'origine romaine. Quant au partage fait par donation, il a sa source dans l'ancienne jurisprudence, où il était connu sous le nom de démission de biens (2). Toutefois le partage consacré par le code diffère en un point important de la démission usitée jadis. La donation étant essentiellement irrévocable, le partage fait sous cette forme participe de l'irrévocabilité qui caractérise les libéralités entre-vifs. Tandis que la démission de biens, tout en dessaisissant le père qui partageait ses biens, lui permettait de révoquer le partage. Chose remarquable : c'est la jurisprudence qui introduisit le principe de la révocabilité, et elle le fit sous l'influence d'une triste expérience. Un de nos vieux proverbes dit :

> Qui le sien donne avant mourir
> Bientôt s'apprête à moult souffrir (3).

Cet adage ne témoigne pas en faveur des partages d'ascendant. Les auteurs en sont réduits à conseiller aux officiers publics qui rédigent les partages d'y insérer des clauses qui permettent aux ascendants de se mettre à

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 76 (Locré, t. V, p. 335). Duranton. t. IX, p. 600, n° 614. Demolombe, t. XXII, p. 628, nos 665 667.

(2) Voyez les détails dans de Folleville, p. 323, nos 1088 et suiv.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, n° 668. Genty, p. 44, 56.

l'abri de l'ingratitude de leurs enfants. En vérité, mieux valait les laisser se quereller entre eux s'ils en ont envie. Là où les frères et sœurs s'aiment, le partage d'ascendant est inutile; là où, au lieu de l'amour fraternel, règnent la jalousie, l'envie, l'égoïsme, le père aura beau partager les biens, il n'établira pas la concorde quand la discorde est dans les âmes.

3. Le partage d'ascendant a un caractère tout singulier, il renferme des principes contradictoires. Par son objet, c'est un acte qui distribue les biens du père entre les enfants; l'article 1075 le dit; mais l'article 1076 ajoute que les partages se font par donation entre-vifs ou par testament, en observant les formes, les conditions et les règles prescrites pour les donations et les testaments. Or, les donations et les testaments sont des actes translatifs de propriété. Ainsi un seul et même acte est tout ensemble un partage, c'est-à-dire un acte distributif, déclaratif de propriété, et une donation entre-vifs ou testamentaire, c'est-à-dire un acte qui transfère la propriété de la tête du donateur sur celle du donataire. Il y a là deux éléments contraires, l'un ne doit pas absorber l'autre; ce serait se mettre en dehors de la loi. Il faut donc faire à chacun sa part : œuvre très-difficile et qui donne lieu à des controverses sans fin. On dit que l'élément de libéralité domine dans le partage fait par donation, tandis que, dans les partages testamentaires, la distribution des biens est l'élément dominant. Cela est vrai en un certain sens. Le père qui partage ses biens par testament ne donne rien à ses enfants, puisque, au moment où le partage produira ses effets, les biens que le père laisse appartiennent aux enfants en vertu de la nature et de la loi. S'il les partage entre-vifs, il fait une véritable libéralité, au moins pour la jouissance; il donne ce qu'il pouvait garder et dépenser. Est-ce à dire que le partage entre-vifs soit en tout une donation? Non; entre les enfants le partage est un acte distributif, puisqu'il tient lieu du partage que les descendants auraient dû faire à la mort du donateur. Nous allons voir les conséquences qui résultent de ce conflit de principes.

§ II. *Qui peut faire un partage d'ascendant.*

4. Le mot même de *partage d'ascendant* semble répondre à la question, et la loi paraît tout aussi formelle en disant que les *père et mère et autres ascendants* pourront faire, entre leurs *enfants* et *descendants*, le partage de leurs biens. C'est donc un droit que la loi donne aux ascendants et qu'elle ne donne qu'à eux ; ce qui implique que d'autres que les ascendants ne l'ont pas. Telle est, en effet, l'opinion généralement suivie. Cependant l'opinion contraire professée par Delvincourt a été consacrée par un arrêt, et elle a trouvé faveur chez des auteurs modernes. Ce qui complique la question, c'est que les partisans de l'opinion générale, qui est aussi la nôtre, ne paraissent pas bien sûrs des principes sur lesquels ils fondent leur doctrine, pour mieux dire, ils n'en ont pas ; aussi leur embarras est-il grand quand ils veulent justifier l'espèce de faveur que la loi accorde aux ascendants et refuse à tout autre parent. Cette incertitude vient de ce que l'on n'est pas d'accord sur les droits que l'homme a en ce qui concerne la disposition de ses biens.

Nous avons essayé d'établir les vrais principes en traitant des exécuteurs testamentaires (1). A notre avis, le droit du propriétaire sur ses biens cesse à sa mort pour faire place au droit de ses héritiers ; nommer ces héritiers, voilà le seul droit que la loi lui reconnaisse ; il les institue pour le moment où il n'existera plus. Ici son droit s'arrête. Il a légué ses biens, il meurt. Après sa mort, il ne peut plus faire aucun acte de volonté ; il a fallu une disposition expresse de la loi pour lui permettre de nommer un exécuteur testamentaire chargé de veiller à l'exécution de ses dernières volontés. Si l'on admet ce principe, la conséquence est incontestable : celui qui lègue ses biens ne peut pas en faire le partage. Partager est un droit de ceux qui sont copropriétaires par indivis, l'indivision commence au décès du testateur ; et à ce mo-

(1) Voyez le tome XIV de mes *Principes*, p. 348, n° 323 et p. 359, n° 332 et suivants.

ment le droit du défunt sur ses biens cesse. Les héritiers sont les seuls ayants droit, eux seuls peuvent procéder à la distribution des biens, qui leur appartiennent exclusivement. Il suit de là que le droit que la loi accorde aux ascendants est un droit exceptionnel, donc il ne peut être étendu à d'autres parents. Vainement dirait-on qu'il y a même raison; les motifs d'analogie ne sont pas admissibles quand il s'agit d'exceptions; et d'ailleurs il n'y a pas identité de motifs. La loi veut maintenir l'harmonie entre les enfants d'un même père; l'ordre moral est troublé lorsque la discorde envahit le foyer domestique, c'est la dissolution de la famille, et la famille est la base de la société. Sans doute, les dissensions entre parents sont toujours un mal, et même les contestations entre étrangers qui seraient appelés à une hérédité. Mais on ne niera pas que le mal est bien plus grave quand la haine divise les enfants d'un même père.

Tels sont, à notre avis, les motifs d'ordre public qui ont engagé le législateur à permettre au père d'interposer son autorité après son décès, en imposant sa volonté à ses enfants lorsque la désunion menace de troubler sa famille. Les autres parents n'ont pas ce pouvoir, par cela seul que la loi ne le leur accorde point. Quand le partage se fait entre-vifs, il y a un motif de plus pour limiter le droit aux ascendants. Le partage entre-vifs porte sur une succession non ouverte; il y a des copartageants alors qu'il n'y a pas encore d'hérédité, c'est un pacte successoire; or, la loi prohibe toutes conventions sur une succession future (art. 1130); si elle les admet, c'est par exception, et ces exceptions sont de l'interprétation la plus stricte, car elles dérogent à une prohibition qui concerne les bonnes mœurs. On voit que le partage d'ascendant tient, sous tous les rapports, à l'ordre public. C'est dire que la loi seule pourrait étendre une faculté qu'elle ne donne qu'aux ascendants (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Caen. La cour considère le droit de partager les biens comme

(1) Comparez Réquier, p. 204, n° 116. De Folleville, p. 351, n°s 1141 et suiv.

une conséquence du pouvoir de disposer. Ceux qui pourraient priver leurs héritiers légitimes des biens qu'ils laissent peuvent à plus forte raison en faire la distribution entre eux comme ils l'entendent. C'est parce que les ascendants n'ont pas la libre disposition de leurs biens, une partie étant réservée aux enfants, que la loi a dû leur donner, par un article formel, le droit de partage qu'on aurait pu leur contester, à cause de l'indisponibilité de la réserve (1). Nous contestons la base de l'argumentation, le fameux adage qui joue un si mauvais rôle dans la matière des testaments : « Qui peut le plus, peut le moins. » Non, vous pouvez exhéréder vos parents non réservataires, et cependant vous ne pouvez pas entraver, vinculer le droit de propriété sur les biens que vous leur laisserez ; or, le partage que vous faites anticipativement est une de ces entraves qu'il ne vous est pas permis de leur imposer, car vous ne pouvez pas faire acte de puissance alors que vous n'existez plus.

5. Hâtons-nous d'ajouter en quel sens la faculté de partager n'appartient pas à d'autres qu'aux ascendants. Nous venons de dire (n° 3) que le partage a un caractère mixte ; c'est un acte de disposition tout ensemble et un acte de distribution. Comme acte de disposition, c'est l'application du droit commun, chacun pouvant disposer de ses biens par donation ou par testament ; donc tout parent peut donner ses biens entre-vifs à ses héritiers présomptifs, et il peut les leur léguer par testament en assignant à chacun sa part ; il peut même qualifier cet acte de partage ; les expressions dont le disposant se sert sont indifférentes en droit moderne. Pourvu que la disposition soit faite dans les formes prescrites pour les donations et les testaments, elle sera valable et elle produira les effets que la loi attache aux libéralités entre-vifs et testamentaires ; mais elle ne produira que ces effets-là. Le partage d'ascendant est encore une distribution de biens (article 1075) ; à ce titre, il est soumis à des règles spéciales et il produit des effets spéciaux. Le partage doit être fait

(1) Caen, 2 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 84). Comparez Genty, p. 90 et suiv. Bertauld (questions de code Napoléon, t. II, p. 8 et suiv.).

entre tous les héritiers présomptifs; si un enfant y est omis, il n'y a point de partage (art. 1078). En serait-il de même d'un partage qu'un oncle ferait entre ses neveux? Non, certes, le neveu omis n'aurait aucune action et le partage serait définitif entre les neveux qui y sont compris; pour mieux dire, les neveux auraient les droits qui appartiennent à tout donataire ou légataire, un droit de propriété exclusif et inattaquable pour cause d'omission d'un neveu. Le partage d'ascendant étant une distribution de biens, l'ascendant doit observer les règles d'égalité qui président au partage entre héritiers *ab intestat* (art. 826 et 832). En serait-il de même de l'oncle qui partagerait ses biens entre ses neveux? Non, car il ne partage pas, il donne ou il lègue, c'est un maître qui dispose de ses biens et il en dispose comme il l'entend. Le partage d'ascendant est soumis à la rescision pour cause de lésion, et il donne lieu à la garantie. Si un oncle partage ses biens entre ses neveux, ceux-ci seront-ils garants en cas d'éviction? auront-ils l'action en rescision en cas de lésion? La question n'a point de sens. Ils ne sont pas copartageants, ils sont donataires ou légataires, chacun est propriétaire des biens qui lui ont été donnés ou légués; il ne peut être question ni de lésion ni de garantie. L'oncle ne peut donc pas faire de partage proprement dit, parce que la loi ne lui en donne pas le droit, il peut faire une donation ou un testament : c'est le droit commun (1).

6. Le disposant qui n'est pas ascendant pourrait-il déclarer que sa volonté est que la distribution qu'il fait de ses biens, par donation ou par testament, soit soumise aux principes qui régissent le partage d'ascendant? Il y a des auteurs qui l'admettent (2). C'est une concession dangereuse qu'ils font à l'opinion qu'ils combattent. Si c'est une question d'intention, les auteurs dissidents ont raison de dire que cette intention peut résulter non-seule-

(1) Duranton, t. IX, p. 602, n°s 617-619, et les auteurs cités par Demolombe, t. XXII, p. 663, n° 700, et par Aubry et Rau, t. VI, p. 217, notes 3 et 4, § 728. Réquier, p. 208, n° 117.

(2) Colmet de Santerre dans Demante, t. IV, p. 454, n° 242 *bis* II. Demolombe, t. XXII, p. 663, n° 701.

ment d'une déclaration expresse de volonté, mais du terme seul de partage dont le disposant s'est servi. Que devient alors le principe qui permet à l'ascendant seul de partager ses biens entre ses descendants? Une vaine théorie. Cette inconséquence vient de l'incertitude qui règne sur les principes. Si l'on admet avec nous que le disposant ne peut pas faire de partage, il faut décider qu'il ne le peut pas plus expressément que tacitement, indirectement que directement. Il peut seulement faire des donations et des legs, en y ajoutant des conditions qui se concilient avec l'essence des libéralités entre-vifs et testamentaires. Tel est le principe; nous n'entrons pas dans les difficultés que présente l'application, parce que jusqu'ici elles ne se sont pas produites.

§ III. *Entre qui?*

7. Aux termes de l'article 1075, le partage doit se faire entre les enfants et descendants des pères et mères ou autres ascendants qui le font. De là suit, comme l'a jugé la cour de cassation, qu'il n'y a de partage d'ascendant que si la disposition est faite uniquement au profit des successibles; si d'autres que des successibles en profitent, il ne peut plus être question de partage, le partage supposant un droit préexistant dans la personne de ceux qui y concourent. De plus, comme le dit le même arrêt, il faut que tous les successibles reçoivent leur part, car le partage est une liquidation qui doit nécessairement se faire entre tous les ayants droit. Dans l'espèce, la cour de Colmar avait jugé qu'il y avait partage dans l'acte par lequel la mère du futur époux cède un héritage, tant à son fils qu'à la future épouse, moyennant un prix déterminé que les cessionnaires s'obligeaient à verser dans la succession de la cédante; un autre enfant de la mère était intervenu, mais sans recevoir aucune partie de l'immeuble ni du prix; il n'y avait donc aucun partage entre les successibles, et dans l'acte que la cour quali-

fiait de partage figurait un non-successible. Cela décidait la question; l'arrêt fut cassé et devait l'être (1).

8. En disant que le partage doit se faire entre les enfants et descendants, l'article 1075 entend que les copartageants soient les successibles de celui qui distribue ses biens, c'est-à-dire qu'ils soient appelés à son hérédité par la loi. Un père fait le partage de ses biens entre son fils et les enfants de celui-ci. Ce partage est nul, car les petits-fils ne sont pas successibles de leur aïeul du vivant de leur père. Celui-ci seul èst successible, ce qui exclut toute idée de part, puisque l'enfant unique est appelé à toute l'hérédité de son père (2).

9. Il résulte encore une autre conséquence tout aussi évidente du texte de l'article 1075. Pour qu'il y ait partage, il faut que l'ascendant fasse la *distribution* et le *partage* de ses *biens* entre ses enfants et descendants: conçoit-on un partage sans que les biens auxquels les héritiers sont appelés leur soient distribués? On prétend cependant, et il y a des arrêts en ce sens, que l'acte par lequel le père a donné ses biens à ses enfants, dans la proportion de leurs droits héréditaires, sans faire la division matérielle des biens, est un partage d'ascendant (3). Cette opinion doit être rejetée par cela seul qu'elle est en opposition avec le texte formel de l'article 1075. Qu'allègue-t-on pour justifier une interprétation qui contredit la lettre de la loi? On invoque la tradition. Il y avait, dans l'ancien droit, deux espèces de démissions de biens : par l'une, l'ascendant faisait l'abandon de ses biens sans les distribuer et, par l'autre, il réglait les parts de ses enfants. Soit, mais l'ancien droit est abrogé; le code ne connaît plus deux espèces de partage, il n'en connaît qu'un qu'il définit et qui consiste à *distribuer* les biens. Que l'on interprète le code par l'ancienne jurisprudence, à la bonne heure! Mais qu'on n'introduise pas dans le

(1) Cassation, 22 mai 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4474, 4°). Comparez Rennes, 11 janvier 1814 (Dalloz, *ibid.*, n° 4479, 1°).

(2) Rejet, 26 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 1, 56). Douai, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 170).

(3) Demolombe, t. XXIII, p. 48, n° 54.

code une espèce de partage qu'il ignore. On prétend que l'esprit de la loi autorise cette interprétation extensive. L'esprit de la loi! Et où va-t-on le chercher? Dans l'ancien droit. Ce que le législateur a voulu encourager, dit-on, c'est la démission de biens, afin qu'ils passent des mains débiles de l'ascendant dans les mains vigoureuses de ses enfants. Où cela est-il dit? Il n'y a pas un mot de ce prétendu esprit de la loi dans les travaux préparatoires. Le seul motif que donne l'orateur du gouvernement est celui que nous avons rapporté : prévenir les dissensions de famille. Si c'était la vieillesse qui a fait introduire le partage d'ascendant, le législateur aurait dû le permettre à tous les vieillards, au lieu de le restreindre aux ascendants. Les conséquences de cette opinion ne sont pas moins étranges que la doctrine elle-même. On est obligé d'avouer que les articles 1076 et 1079 ne sont pas applicables au prétendu partage qui ne partage point. Ainsi sur six articles dont se compose tout notre chapitre on en retranche deux, et on altère le troisième(art. 1075). Voilà à quoi l'on aboutit quand, au lieu de s'en tenir au texte clair de la loi, on veut l'interpréter par l'esprit de la loi, ce qui conduit régulièrement à faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a dit, et nous ajoutons de ce qu'il a voulu dire; où est-ce que par hasard, quand le législateur parle clairement, c'est pour dire le contraire de ce qu'il veut dire?

10. On prétend que la doctrine que nous soutenons, consacrée d'abord par la jurisprudence, a fini par être abandonnée. La vérité est que la jurisprudence est hésitante, mais le principe qui tend à l'emporter est celui qui est écrit dans l'article 1075 : il n'y a pas de partage quand il n'y a pas de distribution de biens entre les enfants.

Il y a des arrêts qui posent en principe « que les articles 1075 et suivants n'exigent pas impérativement que le partage se trouve *matériellement* effectué dans l'acte par lequel le père abandonne ses biens à ses enfants (1). »

(1) Rejet de la chambre civile, 26 avril 1836 (Dalloz, au mot *Enrégistrement*, n° 3910) et 21 avril 1838 (Dalloz, *ibid.*, n° 3918).

La cour de cassation, qui l'a jugé ainsi, ne donne aucun motif à l'appui de sa décision; c'est une simple affirmation. Nous n'hésitons pas à dire que ce prétendu principe est une erreur. Il est vrai que le mot *matériel* ne se trouve pas dans la loi; mais l'expression *distribution et partage des biens* n'implique-t-elle pas une division matérielle? Qu'est-ce donc que le partage, sinon une opération matérielle ayant pour objet de distribuer les biens entre les copartageants? Et n'est-ce pas cette opération matérielle qui provoque les difficultés, les contestations que la loi a voulu prévenir en permettant aux ascendants de la faire? La cour de cassation a donc contre elle le texte et l'esprit de la loi.

Il faut encore remarquer que ces arrêts sont rendus en matière fiscale, ce qui diminue beaucoup leur autorité en matière civile. Le jugement rendu dans la cause Louis-Philippe d'Orléans se fonde sur une loi de finance (16 juin 1824); il constate que le donateur était dans l'impossibilité de partager matériellement ses biens, puisqu'une partie de ces biens était encore indivise entre lui et sa mère et sa sœur. Le tribunal invoque la jurisprudence de la cour de cassation d'après laquelle cette impossibilité n'enlève pas au père la faculté de partager ses biens (1). Cette doctrine nous paraît plus que douteuse. La loi donne au père le droit de partager pour prévenir les dissensions auxquelles donnent lieu les difficultés du partage. Est-ce faire un partage, dans le sens et l'esprit de la loi, que de faire un abandon de biens indivis? Cela est si peu un partage qu'il faudra un partage réel pour mettre fin à l'indivision. Dira-t-on que nous enlevons au père un droit que la loi lui donne? Notre réponse est dans l'article 815. Le père qui veut faire un partage sérieux de ses biens, lorsque ces biens sont encore indivis en tout ou en partie, doit commencer par mettre fin à l'indivision, et il le peut toujours (art. 815); puis il pourra distribuer ses biens entre ses enfants. S'il se borne à leur abandonner des biens indivis, loin de prévenir les difficultés, il les aug-

(1) Rejet, 29 mars 1831 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3934).

mente, puisqu'il donne ou lègue à ses enfants un double partage à faire. Singulier partage que celui qui oblige les copartagés à procéder à un premier partage pour déterminer les biens qu'ils auront ensuite à partager!

La cour de Paris a encore renchéri sur la cour de cassation en décidant que le père qui abandonne ses biens à ses enfants peut leur imposer la condition de rester dans l'indivision, au moins pendant le délai de cinq ans, ce qui n'empêchera pas cet abandon d'être un partage(1). Avouons que c'est un étrange partage que celui qui, au lieu de diviser les biens, ordonne qu'ils resteront indivis! Sur quoi la cour se fonde-t-elle pour décider qu'une clause d'indivision équivaut à un partage? Cette clause, dit-elle, n'infirme pas la validité de la démission de biens, puisqu'elle pourrait être la clause d'un partage entre héritiers. Ouvrons le code civil, ce que la cour a sans doute négligé de faire; que dit l'article 815? « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; et le partage peut toujours être demandé nonobstant prohibitions et conventions contraires. *On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité.* » Il résulte de là d'abord que les parties intéressées peuvent seules convenir qu'elles resteront dans l'indivision. Il en résulte encore que la clause d'indivision est une convention qui *suspend le partage*, et non, comme le dit la cour, une clause du partage. Il est contradictoire de partager et de rester dans l'indivision.

11. D'autres arrêts admettent qu'il y a partage d'ascendant lorsque le partage est fait par les enfants auxquels les biens sont abandonnés. La doctrine ainsi formulée serait certainement inexacte; ce serait un partage de descendants et non un partage d'ascendant. Il importe de préciser les espèces dans lesquelles les arrêts ont été rendus, afin que l'on ne fasse point dire à la jurisprudence le contraire de ce qu'elle dit. Rien de plus inutile tout ensemble et de plus trompeur que les citations d'arrêts en masse que l'on trouve dans les auteurs modernes.

(1) Paris, 23 juin 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10). Demolombe approuve (t. XXIII, p. 52, n° 56).

Il faut se donner la peine de les analyser et de les discuter, comme Merlin le fait toujours, sinon la jurisprudence deviendra une science de compilation. La cour de cassation a jugé que si les enfants concourent à l'acte et s'ils font le partage *sous l'influence* et avec l'assentiment du père, il y a partage d'ascendant(1). Nous sommes d'accord; cela suppose un partage entre-vifs pour lequel il faut le consentement des enfants; certes il est dans l'esprit de la loi qu'ils consentent volontairement; un partage qui leur serait imposé serait un germe de discorde, au lieu d'être un élément d'union et de paix. Et quel meilleur moyen de maintenir l'harmonie entre frères que de les laisser eux-mêmes procéder au partage sous les yeux et sous la direction de l'ascendant? Ce sera un vrai partage d'ascendant, puisque ce sera un gage de concorde.

Le partage est-il encore un partage d'ascendant lorsque l'abandon et la distribution se font par des actes différents? On l'a contesté dans une espèce où bien évidemment les deux actes ne formaient qu'un seul et même fait juridique. Le père commence par déclarer que son intention est d'user de la faculté que lui accordent les articles 1075 et 1076. Puis il fait donation entre-vifs de ses immeubles à ses quatre enfants, qui l'acceptent. Dans le même acte, et avec le concours et le consentement de tous les enfants donataires, le père répartit entre eux les immeubles donnés. Comme deux immeubles étaient reconnus impartageables, l'un des enfants les accepta dans son lot sur la proposition du père, à la charge de payer une soulte à chacun des trois autres enfants. L'acte se termine par cette clause que le père et ses enfants font cession et abandon, à titre de partage, à chaque copartageant de ce qui forme son lot. Ce n'est pas là un partage d'ascendant, dit la cour d'Amiens. La donation, quoique faite dans le même acte que le partage, le précède, et elle est un fait accompli lorsque le partage a lieu. Dans cette seconde partie de l'acte, le père se borne à proposer, à exercer une sorte d'influence morale, à

(1) Rejet, 10 avril 1831 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3935).

émettre des vœux; ce qui exclut l'idée que le partage soit une condition de la donation. La cour en conclut que les donataires ont eu, ne fût-ce que pendant un instant de raison, un droit indivis sur les immeubles provenant de leur père et que c'est entre les enfants que le partage s'est opéré. Cette décision a été cassée, bien qu'elle semblât n'être que l'appréciation d'une convention. La cour de cassation, contre son habitude, juge très-sévèrement l'arrêt qu'elle annule. Si, dit-elle, il appartient au juge du fait de rechercher l'intention des parties, il ne peut lui appartenir de modifier arbitrairement un contrat sous prétexte de l'interpréter, d'en changer la nature ou l'essence, de lui donner une fausse qualification pour le placer dans une classe à laquelle il serait étranger et le soumettre à des règles qui ne lui sont pas applicables. L'acte litigieux, continue la cour, est évidemment un partage d'ascendant; fait entre-vifs, il devait contenir une donation des biens, la donation étant à la fois le principe et la forme légale de ce mode de partage. C'est à tort que la cour d'Amiens a distingué dans cet acte deux contrats distincts, indépendants, dont l'un, la donation, aurait saisi immédiatement les donataires de la propriété indivise des biens donnés, et dont l'autre, étranger au donateur, exclusivement personnel aux donataires, aurait eu pour objet le partage de ces biens. Briser de la sorte l'unité d'un contrat dont toutes les stipulations concourent au but que le père de famille déclare lui-même s'être proposé, c'est dénaturer le caractère de l'acte (1). Que si, ajouterons-nous, le père, au lieu de commander, a usé de son influence morale, tant mieux; c'est là le vrai partage d'ascendant.

La cour de Colmar a rendu un arrêt dans le même esprit. Dans l'espèce, les père et mère donnaient par deux actes séparés, mais du même jour, certains de leurs immeubles à deux de leurs enfants par préciput et hors part. Par un troisième acte du même jour, ils firent abandon à tous leurs enfants de la presque totalité de leurs biens,

(1) Cassation, 4 juin 1849 (Dalloz 1849, 1, 307).

avec formation de lots et partage des biens abandonnés, sous condition d'une rente viagère. On aurait pu dire, comme l'avait fait la cour d'Amiens, que la donation ayant précédé le partage, les donataires s'étaient trouvés en état d'indivision et qu'ils en étaient sortis par un partage fait entre eux, car l'acte portait que les lots avaient été formés par les quatre enfants donataires; mais l'acte ajoutait que le partage s'était fait en la présence, sous les yeux et avec le concours des père et mère; et le préambule portait que les père et mère faisaient l'abandon de leurs biens à raison de leur grand âge et pour faciliter le partage à faire entre leurs enfants. La cour conclut, et avec raison, que tous ces actes, quoique faits séparément, n'en formaient qu'un seul et constituaient un partage d'ascendant (1).

Quand le partage se fait par un acte distinct, il peut ne pas être un partage d'ascendant. C'est ce qu'a décidé la cour de Bordeaux en se fondant sur les circonstances de la cause. Le père avait fait donation à ses enfants de tous ses biens indivisément; puis les enfants avaient partagé, le même jour, les biens que leur père venait de leur donner, ainsi que ceux qui provenaient de la succession encore indivise de leur mère prédécédée. Ce partage avait eu lieu sans le concours de l'ascendant donateur, sans aucune clause qui le rattachât à la donation; il n'était pas allégué que le père eût préparé le partage et que les enfants se fussent bornés à l'exécuter. Donc ce n'était pas un partage d'ascendant (2).

12. Dans une espèce analogue, la cour de Lyon a décidé en principe que le partage d'ascendant est l'acte par lequel les ascendants font entre leurs descendants la distribution et le partage de leurs biens; c'est la reproduction littérale de l'article 1075. La cour en conclut que l'abandon que le père fait de ses biens n'est pas un partage, si le père ne le fait pas et n'y concourt point, quoi-

(1) Colmar, 21 février 1855 (Dalloz, 1870, 5, 262).
(2) Bordeaux, 8 mars 1870 (Dalloz, 1871, 2, 202), et Rejet, 24 juin 1872 (Dalloz, 1872, 1, 472). Dans le même sens, Colmar, 10 mai 1865 (Dalloz, 1870, 5, 261).

que dans l'acte d'abandonnement il soit dit que la donation est faite à titre de partage ; mais le père ne faisant pas lui-même le partage et n'y intervenant pas, l'acte était un partage fait entre descendants (1). Voilà bien l'application du principe tel que nous l'avons formulé. Il y a une série d'arrêts récents rendus dans le même sens.

La cour de Nancy a décidé que le propre d'un partage d'ascendant par disposition entre-vifs est de ne pouvoir intervenir qu'entre des successibles et leurs ascendants, d'opérer un abandonnement gratuit qui dépouille le donateur, enfin de préserver les successibles de tout état d'indivision quant à ces mêmes biens. Dans l'espèce, la mère avait vendu tous ses biens meubles et immeubles à ses enfants, mais sans faire entre eux aucun partage du prix, de sorte qu'à sa mort ces prix formaient la succession indivise de la mère. Il est vrai que la vente avait eu pour objet de favoriser la liquidation de la succession, en réduisant toute l'hérédité en créances facilement partageables. Toujours est-il que la vente ne constituait pas un partage (2).

La cour de Dijon a jugé de même, et en termes formels, que le partage permis aux pères de famille par les articles 1075 et suivants, ayant pour but de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever entre les héritiers sur la distribution de la fortune de l'ascendant, doit être *réel et immédiat;* la cour en conclut qu'on ne saurait donner cette qualification à un acte qui laisse subsister l'indivision entre eux (3).

13. La démission de biens ne suffit donc pas pour qu'il y ait partage d'ascendant; si elle suffisait, il faudrait dire que l'abandon à un enfant unique serait un partage d'ascendant. M. Demolombe l'avoue; mais ici la jurisprudence sur laquelle il prend appui lui fait entièrement défaut; elle consacre, au contraire, l'opinion que nous avons soutenue; la cour de cassation juge constamment que les articles 1075 et suivants supposent une dis-

(1) Lyon, 23 mai 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112 et suiv.).
(2) Nancy, 4 juin 1859 (Dalloz, 1860, 2, 22).
(3) Dijon, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 86).

tribution de biens entre deux ou plusieurs descendants; d'où suit qu'il ne peut être question de partage quand il n'y a qu'un seul successible; le père peut lui abandonner tous ses biens, ce sera une donation, ce ne sera pas un partage (1). Nous concluons, avec la cour de cassation, que les articles 1075 et suivants supposent un partage *réel*, c'est-à-dire une distribution *effective* entre deux ou plusieurs successibles (2). Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique dans le même sens (3).

§ IV. *Formes.*

N° 1. PRINCIPE.

14. Par lui-même le partage n'est pas un acte solennel; il n'exige aucune forme pour sa validité, bien moins encore pour son existence. Dans l'ancien droit, on admettait le même principe pour le partage d'ascendant. Le code civil a innové sous ce rapport; aux termes de l'article 1076, « le partage d'ascendant *pourra* être fait par acte entre-vifs ou testamentaire avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. » Les donations entre-vifs et les testaments étant des actes solennels, les partages aussi sont des actes qui n'existent que lorsque les formes légales ont été observées. L'article 1076 n'est donc pas exact en disant que les partages d'ascendants *pourront* être faits par donation ou par testament; cela est vrai en ce sens que l'ascendant a le choix : il *peut* partager ses biens par acte entre-vifs ou par une disposition de dernière volonté. Mais on doit ajouter qu'il ne peut le faire que sous l'une de ces formes.

L'innovation du code est fondée en raison. Quand le partage se fait entre-vifs, il est essentiellement une libéralité (n° 3); or, dans notre droit, les libéralités entre-

(1) Cassation, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 58). Rejet, 5 juin 1848 (Dalloz, 1848, 1, 107). Demolombe, t. XXIII, p. 52, n° 55).
(2) Cassation, 12 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 219, § 729. Demolombe, t. XXIII, p. 23, n° 5.

vifs ne peuvent se faire que par acte notarié. Lorsque le partage se fait par testament, l'ascendant ne donne rien à ses enfants ; mais il modifie les droits qu'ils tiennent de la nature et de la loi, en partageant lui-même les biens que, d'après le droit commun, les enfants auraient le droit de partager ; il dispose en ce sens pour le temps où il ne sera plus ; ce qu'il fait est donc un acte de dernière volonté. La conséquence est que le partage doit être fait par un acte de dernière volonté, c'est-à-dire par un testament (1).

15. Il suit de là que le partage constaté par acte sous seing privé est un de ces actes que la doctrine qualifie d'inexistants et que la jurisprudence appelle nuls, le code n'ayant point de terme spécial pour marquer qu'un acte n'a point d'existence aux yeux de la loi. La cour de cassation a consacré implicitement ce principe en décidant que le partage d'ascendant fait par acte sous seing privé est régi par l'article 1339 ; et cet article décide que la donation nulle en la forme ne peut être confirmée, par la raison que le néant ne saurait recevoir vie par la confirmation. Il en est de même du partage d'ascendant fait par acte sous seing privé ; cet acte n'a pas d'existence légale, il ne peut donc produire aucun effet ; ce sont les termes de l'article 1131. Or, la confirmation a pour objet d'effacer le vice qui infecte un acte et qui le rend nul, c'est-à-dire annulable ; celui qui confirme un acte renonce à l'action en nullité qu'il avait le droit d'intenter. Cela suppose un acte qui existe, mais qui est vicié, le vice pouvant être effacé par la confirmation. Quand un acte n'existe pas, on ne peut pas dire qu'il soit vicié ; il ne saurait donc être confirmé (2).

La cour de cassation admet le principe pour les actes de confirmation qui seraient faits pendant la vie des père et mère. Elle semble ne pas l'admettre pour les actes qui seraient faits après leur mort. La même question se présente pour les pactes successoires ; nous y reviendrons

(1) Rejet, 1er juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 373).
(2) Rejet, 5 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 15).

au titre des *Obligations*. Dans la doctrine des actes non existants, la solution n'est pas douteuse; la confirmation d'un acte qui n'a pas d'existence est impossible, on ne confirme pas le néant.

De ce que les partages sont nuls quand les formes des donations ou des testaments n'ont pas été observées, on ne doit pas conclure que les conventions constatées par acte sous seing privé, et intervenues entre le père ou la mère et ses enfants relativement à des successions, soient nécessairement nulles. Il faut voir quel est l'objet de ces conventions; elles seront inexistantes si elles ont pour but de partager les biens de l'ascendant; elles seront encore inexistantes si l'ascendant veut faire donation de ses biens. Mais si les parties contractantes ont fait des conventions onéreuses, elles restent sous l'empire du droit commun, d'après lequel l'écrit ne sert que de preuve, et un écrit sous seing privé peut servir de preuve aussi bien qu'un écrit authentique. Il a été jugé que l'acte sous seing privé par lequel une mère se démet de tous ses biens, sous la condition d'une pension alimentaire et d'un logement, est valable, comme réglant à titre onéreux les intérêts de la mère et des enfants. Alors même que la mère déclarerait qu'elle abandonne ses biens pour qu'ils soient partagés entre ses enfants, cet abandon par lui-même n'est pas un partage, donc l'article 1076 n'est pas applicable. Reste à déterminer la nature de l'acte; ce peut être une transaction, comme dans l'espèce jugée par la cour de cassation; dans ce cas, aucune forme n'est requise, la convention pourra donc se prouver par acte sous seing privé (1).

16. L'application du principe donne lieu à une difficulté où se montre déjà le conflit des deux éléments qui se trouvent dans le partage d'ascendant. Quand il y a des mineurs parmi les copartageants, la loi prescrit des formalités spéciales pour sauvegarder leurs intérêts. Faut-il observer ces formes quand c'est un ascendant qui fait

(1) Agen, 4 août 1824. Rejet, 29 mai 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 4537).

le partage? Non, car, quant à la forme, le partage d'ascendant est ou une donation ou un testament; l'ascendant n'a donc d'autres formes à observer que celles qui sont prescrites pour les donations entre-vifs ou testamentaires (1). Cette opinion, fondée sur le texte de l'article 1076, est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. Un des motifs pour lesquels on donne à l'ascendant le droit de partager ses biens entre ses enfants est précisément d'éviter les formalités que la loi établit en faveur des incapables ; on suppose que l'intervention du père est la meilleure garantie que les mineurs puissent désirer. La cour de cassation a donc eu raison de décider que les partages faits par les ascendants sont soumis, quant à la forme, à des règles particulières par l'article 1075; et que ce serait méconnaître la nature et le but de ce mode de disposition que d'en faire dépendre la validité, quand l'un des enfants est mineur, de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 466 (2).

N° 2. DU PARTAGE FAIT PAR DONATION.

17. Si le partage est fait par acte entre-vifs, on doit observer les formalités prescrites pour les donations. Telle est la règle consacrée par l'article 1076. Il faut donc que le partage soit fait par acte passé devant notaires, avec minute, et que toutes les formalités établies par la loi du 25 ventôse an XI pour la validité des actes reçus par notaires soient observées (art. 931). Si le partage comprend des effets mobiliers, il n'est valable que pour les meubles dont un état estimatif aura été annexé à la minute de la donation (art. 948). Ces formes sont requises pour l'existence même de la donation; il faut donc appliquer au partage tout ce que nous avons dit, à ce sujet, en traitant des donations entre-vifs (3).

18. Il y a une formalité qui est établie dans l'intérêt des tiers. Si la donation comprend des immeubles, elle

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 219 et notes 1, 2, et tous les auteurs.
(2) Rejet, 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 1, 129).
(3) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 280, nos 220-229.

doit être transcrite (art. 939); le partage aussi devra être transcrit si l'ascendant distribue ses immeubles entre ses enfants; faute de transcription, le partage ne pourra être opposé aux tiers (art. 941). Nous reviendrons sur ce point au titre des *Hypothèques*, où est le siége de la matière. Il a été jugé que si le lot de l'un des enfants se compose du montant non encore touché d'une donation qui lui a été faite en avancement d'hoirie, et en outre de valeurs complémentaires, il n'y a, à son égard, de libéralité que relativement à ces dernières valeurs; que, pour ce qui concerne le montant de la donation antérieure, le partage ne constitue qu'une dation en payement. La cour en conclut que le partage n'a dû être transcrit que pour les valeurs immobilières qui formaient une libéralité (1). D'après le code civil, la conséquence est exacte. Mais d'après notre loi hypothécaire, tout acte translatif de droits réels immobiliers doit être transcrit (art. 1er), donc aussi la dation en payement, qui est essentiellement translative de propriété.

19. Il y a une condition de forme, spéciale à la donation; elle doit être acceptée en termes exprès par le donataire. Si l'acceptation est faite par un acte postérieur, cet acte doit être authentique et, de plus, l'acceptation doit être notifiée au donateur; la donation n'a d'effet que du jour de cette notification (art. 932). Cette formalité est applicable au partage. Il y a cependant ici une anomalie. L'acceptation expresse n'est fondée sur aucun motif juridique, elle n'a d'autre raison d'être que la défaveur qui frappe les donations dans le droit français; or, les partages, loin d'être vus avec défaveur, sont favorables, puisqu'ils tendent à maintenir la paix des familles; mais la loi est expresse, il faut s'y tenir.

La jurisprudence est restée fidèle à la rigueur de la loi. Elle prononce la nullité des partages qui n'ont pas été acceptés expressément par les copartagés, quelque insignifiante que soit par elle-même la formalité qui n'a pas été observée. Aux termes de l'article 933, le dona-

(1) Limoges, 26 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 143).

taire peut accepter par procuration, à condition que le mandat soit authentique et qu'une expédition en soit annexée à la minute de la donation. Il a été jugé que le partage accepté en vertu d'une procuration sous seing privé était nul. Vainement le donataire essaya-t-il de faire passer pour une acceptation expresse la prise de possession de la chose; l'acceptation expresse exige une déclaration de volonté reçue par notaire, c'est un élément essentiel de la solennité de l'acte, à défaut duquel la donation n'a pas d'existence légale (1). Ce vice peut-il être couvert par la confirmation des héritiers du donateur? Nous renvoyons à ce qui a été dit sur cette question au chapitre des *Donations*; la jurisprudence admet la confirmation dans les termes de l'article 1340 (2).

De même la jurisprudence annule les partages quand l'acceptation des copartagés n'a pas été notifiée à l'ascendant dans les formes voulues par l'article 932. Il arrive assez souvent que l'on fait des partages où des mineurs sont intéressés, en se contentant de la confirmation qu'ils y donneront à leur majorité. C'est alors la confirmation qui vaut acceptation; par suite elle doit être notifiée à l'ascendant donateur sous peine de nullité du partage. La cour de cassation a jugé que la nullité peut être invoquée par l'enfant même dont l'acceptation a été irrégulière (3).

20. L'acceptation doit-elle être faite par tous les enfants au profit desquels se fait le partage? S'il s'agissait d'une donation ordinaire, chacun des donataires aurait un droit indépendant du droit de ses codonataires, puisque la donation se divise entre eux; par suite, chacun pourrait accepter la libéralité qui lui est faite. Il n'en est pas de même du partage d'ascendant. Si c'est une donation quant à la forme, c'est un partage quant au fond; or, le partage ne se conçoit que lorsque tous les ayants droit concourent à l'acte; d'où la conséquence que si l'un

(1) Bordeaux, 22 mai 1861 (Dalloz, 1861, 2, 196).
(2) Bastia, 10 avril 1854 (Dalloz, 1854, 2, 216).
(3) Rejet, 30 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 409); Agen, 28 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 40). Bordeaux, 22 mai 1861 (Dalloz, 1861. 2, 196).

d'eux n'accepte pas, le partage est nul; pour mieux dire, il n'y a pas de partage. Cela est aussi conforme à l'intention de l'ascendant donateur, il n'entend pas faire une libéralité distincte à chacun de ses enfants, il veut faire la distribution de ses biens entre eux; ce qui implique le concours de tous. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

21. Quand les enfants sont mineurs, l'acceptation peut se faire, soit par le tuteur autorisé du conseil de famille, soit par le père ou autre ascendant sans autorisation aucune. C'est le droit commun en matière de donations (art. 935). L'application soulève une difficulté singulière. Le père partage ses biens entre ses enfants; l'un est mineur; le père peut-il accepter pour lui en vertu de l'article 935? L'affirmative a été jugée par la cour de Nîmes (2). Cela nous paraît bien douteux. Le père est partie dans l'acte comme donateur; peut-il en même temps y figurer comme acceptant la libéralité, c'est-à-dire comme donataire? Quand une donation est faite à un mineur, la loi veut, en règle générale, que l'acceptation soit autorisée par le conseil de famille, parce qu'il peut être de l'intérêt du mineur de ne pas accepter; l'intervention de l'ascendant qui accepte remplace cette garantie. Que devient la garantie lorsque le père est tout ensemble donateur et acceptant au nom du donataire? Nous ne voyons qu'une manière régulière de procéder dans ce cas, c'est que le mineur soit représenté par un tuteur *ad hoc* autorisé du conseil de famille.

La jurisprudence a consacré cette doctrine implicitement. Il a été jugé que le mari qui autorise sa femme à faire le partage de ses biens peut l'accepter comme père; l'arrêt se fonde sur ce que le père n'était pas donateur et ne devait pas profiter de la donation (3). De même il a été

(1) Genty, p. 118. Demolombe, t. XXIII, p. 10, n° 10. Rejet, 13 août 1811 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4523, 1°), et 27 mars 1839 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 389). Bordeaux, 15 février 1842. Riom, 11 août 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4523, 1° et 2°).

(2) Nîmes, 22 mars 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4528), et 10 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 102).

(3) Caen, 3 mars 1855 (Dalloz, 1856, 2, 91).

jugé que si les père et mère font le partage de biens indivis entre eux, le père peut valablement accepter le partage pour les biens donnés par la mère, toujours par la raison qu'il n'est pas donateur (1). Cela implique que le père ne peut pas tout ensemble être donateur et accepter pour le donataire.

N° 3. DU PARTAGE FAIT PAR TESTAMENT.

22. Le partage fait par acte testamentaire doit être fait avec les formalités prescrites pour les testaments (art. 1076). Il suit de là que les père et mère ne peuvent partager leurs biens entre leurs enfants par un testament conjonctif; l'article 968 prohibe cette forme de tester, et la loi ne reproduit pas l'exception que l'ordonnance de 1735 faisait pour les partages d'ascendant (art. 77).

23. On doit appliquer aux partages faits par testament tout ce que nous avons dit de la forme des actes testamentaires. Le partage fait par acte de dernière volonté est donc un acte solennel. Il doit renfermer en lui-même l'expression complète de la volonté du testateur; par suite, il doit contenir l'indication de la chose donnée. Toutefois il a été jugé que le testateur qui a fait cette indication dans son testament peut se référer à un acte authentique antérieur pour la désignation plus détaillée des objets légués. Une veuve commence par constater dans un acte notarié la consistance de ses biens, en opérant leur division en deux lots; elle déclare ensuite par testament qu'elle attribue le premier de ces lots aux enfants nés d'un fils prédécédé et le second à sa fille, s'en référant, pour la désignation détaillée des biens compris dans chaque lot, à l'acte notarié qu'elle venait de faire dresser. La cour de cassation a validé le partage dans cette forme (2).

Il se peut qu'un acte se rattache à un partage testamentaire sans en faire partie; il reste, en ce cas, sous

(1) Paris, 23 juin 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10). Poitiers, 20 février 1861 (Dalloz, 1861, 2, 94).

(2) Rejet, 7 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 221). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 123, n° 126, et p. 130, n°s 1[illegible] et suiv.

l'empire du droit commun. Le père qui a fait le partage, reconnaissant que l'un des enfants est lésé, convient avec l'autre qu'il payera au premier une rente viagère à titre d'indemnité : c'est une convention ordinaire, et non un testament, car le père n'y dispose pas de ses biens (1).

N° 4. APPLICATION.

24. L'ascendant peut partager ses biens entre ses enfants, ce qui doit se faire par donation entre-vifs ou par testament. Il peut aussi, sans partager ses biens, faire des libéralités entre-vifs ou testamentaires, ce qui se fait dans les mêmes formes. Quand y aura-t-il libéralité entre-vifs ou testamentaire, quand y aura-t-il partage? La différence est grande entre ces actes, les uns contiennent uniquement une transmission de biens entre-vifs ou testamentaire, les autres ont, avant tout, pour objet la distribution des biens de l'ascendant, et, comme tels, ils produisent des effets qui sont absolument étrangers à la donation et au testament. Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a donation ou testament et quand il y a partage. C'est évidemment une question d'intention; l'ascendant peut vouloir donner, il peut vouloir partager; il s'agit de savoir ce qu'il veut. Question de fait, d'interprétation d'actes, que les juges décideront d'après les circonstances de la cause.

25. Le partage étant un acte solennel, l'ascendant doit déclarer, dans la donation ou dans le testament, ce qu'il veut. Il faut donc, avant tout, prendre en considération les termes de l'acte; si l'ascendant dit qu'il entend user du droit que lui donnent les articles 1075 et suivants, s'il dit qu'il partage ses biens entre ses enfants, s'il ajoute qu'il le fait pour prévenir toute contestation entre ses héritiers sur la distribution de ses biens, il faut décider qu'il y a partage, quand même l'acte contiendrait, outre le partage, des libéralités entre-vifs ou testamentaires (2).

(1) Rejet, 3 juillet 1848 (Dalloz, 1850, 5, 442).
(2) Rejet, 6 juin 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4468, 1°).

Il y a un autre acte qui a aussi pour objet de prévenir les procès, c'est la transaction, et l'on sait que la transaction est soumise à des formalités toutes spéciales et très-sévères quand des mineurs y sont intéressés. Quand l'acte sera-t-il un partage régi par l'article 1076, quand sera-t-il une transaction régie par l'article 467? Il a été jugé qu'un acte n'est pas une transaction, par cela seul que le préambule du partage dit qu'il est fait pour éviter une instance en partage au décès des père et mère donateurs; en effet, tous les partages d'ascendant se font pour prévenir des contestations entre les héritiers. Si, du reste, l'acte litigieux fait réellement la distribution des biens entre les enfants, ce sera un partage (1).

26. Dans l'opinion que nous avons enseignée (nos 9-13), il n'y a pas de partage quand les biens ne sont pas partagés entre les enfants; de sorte que si l'indivision subsiste en tout ou en partie, il n'y a pas de partage d'ascendant (2). Nous avons dit que la jurisprudence est hésitante en ce point; de là de nouvelles difficultés dans l'application et, il faut le dire, des décisions plus ou moins arbitraires. Ainsi il a été jugé qu'il y a partage d'ascendant quoique la totalité des immeubles ait été laissée à deux des copartageants par indivis (3). S'il y a partage, quoique l'indivision subsiste pour la totalité des immeubles, entre quelques-uns des enfants, il n'y a plus de principe qui serve à décider quand il y a partage, quand il n'y en a pas. Du reste, la décision que nous combattons a été rendue en matière fiscale, ce qui lui enlève beaucoup de son autorité.

27. La qualification que les parties donnent à un acte n'est pas décisive; il faut voir si elle répond à la substance de l'acte. Ainsi, dans un premier acte, un ascendant vend tous ses immeubles à un de ses enfants avec délégation à chacun de ses successibles d'une portion du prix égale à

(1) Rejet, 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 1, 129).
(2) Bruxelles, 23 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 243).
(3) Rejet, 28 avril 1829 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 2937). Rejet de la cour de cassation de Belgique, 1er juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 373).

sa part héréditaire; le lendemain, il fait donation à chacun de ses successibles de la somme qu'il lui a déléguée la veille, en déclarant que c'est pour maintenir l'égalité entre ses héritiers et pour éviter des discussions judiciaires. On a prétendu que les deux actes réunis formaient un partage. La cour de cassation a jugé que le premier acte était une vraie vente, et elle avait été exécutée comme telle pendant dix ans. Or, la vente, quand elle est réelle, exclut l'idée de partage (1).

Mais une fausse qualification donnée à un acte n'empêche pas les juges d'y voir un partage d'ascendant, ce qui en entraînera la nullité si l'acte n'est pas fait avec les formes et les conditions prescrites par la loi. Il a été jugé qu'un règlement de compte était un partage fait par une mère entre ses trois enfants, en omettant le quatrième, ce qui rendait le partage nul (2). Par contre, des actes qualifiés de partage ne constituent pas un partage d'ascendant lorsque le père a abandonné ses biens à son fils unique et aux enfants de ce fils (n° 12). En définitive, le juge du fond décide d'après les circonstances de la cause (3).

28. L'ascendant qui partage ses biens à ses enfants peut, par le même acte, faire une libéralité à l'un d'eux. D'après le projet de code civil, l'ascendant n'avait pas ce droit; on craignait sans doute que l'ascendant ne se servît du partage comme d'un prétexte pour avantager l'un de ses enfants et que ces avantages ne devinssent la source de jalousies et de dissensions, alors que la faculté de partager a pour but de maintenir la concorde dans la famille. Toutefois l'opinion contraire prévalut. En droit, on ne peut pas empêcher le père d'avantager l'un de ses enfants dès qu'il n'excède pas le disponible ; peu importe après cela qu'il le fasse dans l'acte de partage ou dans un acte distinct. L'orateur du gouvernement ajoute qu'il eût été injuste et contraire même au but que l'on se proposait de défendre au père qui, lors du partage entre ses

(1) Rejet, 4 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4469).
(2) Rejet, 20 juin 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4509, 1°).
(3) Rejet, chambre civile, 18 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 275).

enfants, pouvait disposer librement d'une partie de ses biens, l'exercice de cette faculté dans le partage même. « Il peut, dit-il, par là éviter des démembrements, conserver à l'un de ses enfants l'habitation qui continuera d'être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles ou accidentelles. En un mot, c'est dans l'acte de partage que le père pourra le mieux combiner et, en même temps, réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants(1). » L'article 1079 consacre implicitement cette doctrine en veillant en même temps aux intérêts des autres enfants; nous y reviendrons.

29. L'exercice du droit que la loi reconnaît au père de faire des libéralités à l'un de ses enfants dans l'acte même de partage fait naître une difficulté. On demande ce que deviendra la libéralité si le partage est nul? Quand l'avantage résulte indirectement de la composition des lots, il est certain que la nullité du partage entraînera la nullité de la libéralité qui s'identifie avec le partage. On a cependant soutenu que l'acte, nul comme partage, pouvait être validé comme donation si, du reste, il réunit les conditions nécessaires pour valoir à titre de donation. La jurisprudence a repoussé cette interprétation, qui est en opposition avec les principes les plus élémentaires. L'ascendant a deux droits : il peut partager ses biens, il peut faire des libéralités à ses enfants par acte entre-vifs. Dans l'espèce, il a voulu faire un partage, on le suppose, et il se trouve que ce partage est nul; dès lors l'acte ne peut plus valoir ni comme partage, ni comme donation. Il est nul comme partage, et ce qui est nul ne peut produire aucun effet; il ne peut pas valoir comme donation, parce que l'ascendant n'a pas voulu faire de donation, et il n'y a pas de donation sans volonté de gratifier; or, l'ascendant a voulu, non gratifier, mais partager, et le juge ne peut pas transformer un partage en donation; il a pour mission d'interpréter les actes et non de les refaire. C'est donc une question d'intention, comme l'a jugé la

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 78 (Locré, t. V, p. 355). Grenier, t. III, p. 220, n° 399.

cour de Douai (1). La cour de cassation est peut-être allée trop loin en décidant d'une manière absolue que l'acte nul comme partage ne peut valoir comme donation (2). Il est certain que le disposant pourrait déclarer que si l'acte qu'il fait était nul comme partage, il entend qu'il vaille comme donation. Eh bien, cette intention n'a pas besoin d'être déclarée expressément, elle peut résulter des clauses de l'acte et des circonstances de la cause.

30. Quand la libéralité est faite par une clause distincte du partage et que le partage est nul, il faut voir si la libéralité et le partage sont, dans la pensée de l'ascendant, un seul et même acte qui doive être maintenu ou annulé pour le tout; dans ce dernier cas, la libéralité tombera avec le partage. Il en serait de même des libéralités que le partage contiendrait au profit d'autres personnes, s'il était reconnu que ces libéralités se lient au partage, de sorte que l'ascendant ne les aurait pas faites s'il avait prévu que le partage serait annulé. Les diverses dispositions de l'acte formant un tout indivisible, toutes tombent lorsque l'acte est nul (3). Mais il se peut que la libéralité faite à un enfant ou à un autre parent soit indépendante du partage; il y a alors deux dispositions distinctes, un acte de distribution qui est nul et une donation qui est valable; si elles avaient été faites dans des actes distincts, la nullité du partage n'aurait pas influé sur la donation; il en doit être de même si elles sont comprises dans un seul et même acte (4).

(1) Douai, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 170).

(2) Rouen, 29 mars 1855, et Rejet, 25 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 36, et 1856, 1, 113). Comparez Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

(3) Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

(4) Bordeaux, 2 mars 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4593); Rejet, 21 novembre 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 4458, 3°). Besançon, 16 janvier 1846 (Dalloz, 1847, 2, 127).

§ V. *Conditions intrinsèques.*

ARTICLE 1. Du partage considéré comme acte de disposition

N° 1. DU PARTAGE FAIT PAR DONATION.

I. *Principe.*

31. Le partage ordinaire n'est pas un acte de disposition; il est précédé de l'indivision; c'est dire que les copartageants sont propriétaires des biens au moment où ils les partagent; la propriété des biens leur a été transmise par la loi ou par la volonté de l'homme, selon que la succession est légitime ou testamentaire : le partage a seulement pour objet de distribuer entre les héritiers les biens dont ils sont déjà propriétaires. Il n'en est pas de même du partage d'ascendant fait entre-vifs. Au moment où l'ascendant partage ses biens entre ses enfants, c'est lui qui en est le propriétaire, donc la propriété passe de sa tête sur celle des enfants en vertu de l'acte qui contient le partage. En ce sens, le partage est translatif de propriété. C'est une des faces du partage (n° 3) sur laquelle nous devons nous arrêter d'abord, car pour que les biens puissent être distribués entre les enfants à titre de partage, il faut qu'ils en soient propriétaires. Un seul et même acte leur transmet la propriété des biens et les partage entre eux. Cet acte est une donation. La donation entre-vifs est essentiellement translative de propriété (art. 711); comme telle, elle est soumise à des conditions et à des règles spéciales. Or, l'article 1076 déclare que le partage entre-vifs est soumis non-seulement aux formes, mais aussi aux *conditions* et aux *règles* prescrites pour les donations (1). Quelles sont ces *conditions* et ces *règles?*

32. La donation entre-vifs est un des deux actes par lesquels on peut disposer de ses biens à titre gratuit (article 893). Ainsi la gratuité est un des caractères essen-

(1) Duranton, t. IX, p. 619, n° 627

tiels du partage qui se fait par donation. Toutefois la loi admet que la donation puisse être faite avec charge, on l'appelle alors onéreuse. Le partage d'ascendant peut donc aussi se faire sous des conditions ou charges; il est presque toujours accompagné de certaines stipulations ou réserves que l'ascendant fait dans son intérêt et pour sa garantie. Quand il abandonne tous ses biens à ses enfants, s'il n'a pas d'autre ressource pour vivre, il stipule une rente viagère ou il se réserve l'usufruit des biens donnés; s'il a des dettes, il insère une clause dans l'acte pour les mettre à la charge des enfants donataires (1). Ces charges n'empêchent pas l'acte d'être à titre gratuit, bien entendu lorsque, toutes charges déduites, il reste un avantage aux enfants. Mais si la charge dépassait la valeur des biens que l'ascendant abandonne, il n'y aurait plus de libéralité, donc plus de partage d'ascendant; on n'appliquerait plus les conditions et les règles particulières au partage, considéré soit comme donation, soit comme distribution de biens; ce serait un acte à titre onéreux, une vente ou une transaction régie par les principes que le code établit au titre des *Obligations*.

Quand l'acte intervenu entre l'ascendant et ses enfants est-il un partage? quand devient-il un contrat à titre onéreux? C'est une question de fait que le juge décide d'après les circonstances de chaque cause; ces circonstances variant d'une espèce à l'autre, il se peut que deux actes, identiques en apparence, soient considérés l'un comme un contrat onéreux, l'autre comme un partage.

Des père et mère font à leurs enfants l'abandon de tous leurs biens, moyennant une pension viagère de 600 fr.; les droits et actions cédés sont évalués à 12,000 francs; par le même acte, les filles copartageantes vendent à leurs frères leur part moyennant que les venderesses conserveront ce qu'elles ont reçu en mariage, plus une somme de 1,700 francs pour chacune d'elles. Les filles deman-

(1) On trouve ces clauses ou d'autres stipulations analogues dans tous les partages d'ascendants : voyez, par exemple, Rouen, 22 mai 1839 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3829); Bordeaux, 30 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 37).

dent la rescision du partage pour cause de lésion de plus du quart; leur action eût été recevable s'il s'était agi d'un vrai partage; mais la cour d'appel décida que le prétendu partage, à raison de l'étendue des charges, était un contrat à titre onéreux, contre lequel aucune action en rescision n'est admise pour cause de lésion; et la cour de cassation confirma la décision (1).

Dans l'espèce suivante, il a été jugé que l'acte était un partage, acte sous signature privée entre une mère, trois de ses fils ou filles et les maris de ces dernières, par lequel elle règle avec un de ses gendres un compte qui lui était dû. La mère consent la vente successive de plusieurs immeubles à deux de ses filles, solidairement avec leurs époux; elle stipule que le prix sera payé entre les mains de ses créanciers; enfin elle fait abandon aux trois enfants à la fois des sommes restant libres après le payement des dettes, moyennant une rente viagère. La cour jugea que cet acte était un partage, nul comme tel, en la forme, puisqu'il avait été fait sous signature privée, et au fond, puisque tous les enfants n'y étaient pas compris (2). La condition essentielle, dans les deux cas, était la même : le service d'une rente viagère; mais le caractère onéreux ou gratuit de l'acte dépend naturellement du montant de la rente : question de fait qui entraîna une solution différente dans les deux espèces.

Il va sans dire que la qualification donnée à l'acte par les parties contractantes ne lie pas les juges. Une transaction, un acte qualifié de vente et de bail ont été considérés comme des partages d'ascendant (3). Les parties ont parfois intérêt à déguiser la nature de l'acte, afin de le soustraire à l'action en nullité ou en rescision; c'est aux tribunaux à dévoiler cette fraude à la loi, en rétablissant la vérité. Leur décision n'est pas toujours souveraine, quoiqu'ils jugent en fait. Quand les faits, tels qu'ils sont constatés, ont été mal appréciés et qu'il en ré-

(1) Rejet, 28 mars 1820 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4508).
(2) Rejet, 20 juin 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4509, 1°).
(3) Agen, 6 juillet 1824. Rejet, 14 novembre 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 4510, 1° et 4659).

sulte une fausse qualification de l'acte, la cour de cassation casse et annule la décision. La cour de Colmar avait vu un partage d'ascendant dans la clause d'un contrat de mariage par laquelle la mère du futur époux cédait un héritage tant à son fils qu'à la future épouse, moyennant un prix déterminé que les cessionnaires s'obligeaient solidairement à verser dans la succession de la cédante; les autres enfants étaient intervenus dans l'acte pour donner leur consentement. Pour qu'il y eût partage d'ascendant, dit la cour de cassation, il faudrait qu'il y eût partage entre les successibles seulement et entre tous les successibles; or, la cession était faite à la future non successible, et il n'y avait aucune attribution de part au profit des enfants, présents à l'acte, il est vrai, mais non apportionnés, puisqu'ils n'étaient saisis d'aucune partie de l'immeuble ni du prix (1).

33. Le partage entre-vifs est soumis aux conditions prescrites pour les donations (art. 1076). Une des premières conditions concerne la capacité de disposer à titre gratuit. Celui qui est capable de donner peut-il faire le partage de ses biens par un mandataire? Le code prévoit le cas où le donataire accepte par procuration; l'article 933 exige une procuration authentique et spéciale. Au titre des *Donations*, il n'est rien dit du mandat de donner, mais le code admet le mandat ayant pour objet d'aliéner (art. 1988); il veut que le mandat soit exprès. Cela décide la question pour le partage. L'ascendant peut donner procuration de partager ses biens, pourvu qu'elle soit authentique et spéciale; elle doit être authentique parce que le partage est un acte solennel, ce qui implique la nécessité de consentir dans des formes solennelles; elle doit être spéciale, puisque le partage entre-vifs est une aliénation.

On a objecté que le droit de partager est un des attributs de la puissance paternelle; or, cette puissance, dit-on, ne peut pas être déléguée. Il est vrai que le partage d'ascendant tient à l'ordre public, puisqu'il a pour but de

(1) Cassation, 22 mai 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4474, 4°).

conserver la paix dans les familles; mais on ne peut pas dire que ce soit un attribut de la puissance paternelle, puisque l'ascendant, qui n'a pas la puissance paternelle, peut faire le partage de ses biens entre ses descendants. D'ailleurs donner un mandat de partager, ce n'est pas abdiquer le droit que la loi accorde à l'ascendant, c'est l'exercer. Dans l'espèce, le père avait donné à son mandataire le pouvoir de former la masse, d'évaluer les biens, d'attribuer à chaque enfant son lot; ce mandat était l'exercice du droit qui appartient au père : les fonctions du mandataire ne consistaient plus qu'à exécuter la volonté du donateur (1).

34. Quand c'est un incapable qui veut faire un partage, il faut appliquer les règles que le code établit. Il ne peut guère s'agir que de la femme mariée, car les mineurs et interdits ne peuvent pas disposer à titre gratuit, donc ils sont incapables de faire un partage, et le tuteur qui les représente n'a pas qualité pour faire des libéralités. La femme mariée peut donner avec autorisation maritale. On applique les principes qui régissent l'autorisation; elle est tacite quand le mari concourt dans l'acte. Il a été jugé, en conséquence, que lorsque deux époux font par le même acte le partage de leurs biens, la femme est suffisamment autorisée, puisque le mari est partie à l'acte (art. 217) (2).

35. Aux termes de l'article 894, le donateur doit se dépouiller *actuellement* de la chose donnée. Il a été jugé, par application de ce principe, que le partage est nul quand l'ascendant ne se dessaisit pas en faveur des enfants auxquels il distribue ses biens (3).

L'obligation de se dessaisir au moment même où la donation se fait n'empêche pas que le donateur ne réserve à son profit la jouissance des biens donnés; l'article 949 le dit. Cette réserve est une clause usuelle du partage d'ascendant. Le but du partage est atteint dès que chacun

(1) Toulouse, 10 mars 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4503). Genty p. 126).
(2) Douai, 3 août 1846 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4502).
(3) Nancy, 22 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4511).

des enfants a son lot, il n'est pas nécessaire qu'il en jouisse immédiatement. Si l'ascendant donateur ne se réservait pas l'usufruit de ses biens, ses enfants lui devraient des aliments, et comme enfants et comme donataires ; il convient mieux à la dignité du père qu'il jouisse d'un droit réel dans les choses données, droit qui lui assure une entière indépendance à l'égard de ses enfants, sauf toutefois les obligations dont est tenu l'usufruitier. Toujours est-il que la position d'usufruitier est meilleure que celle d'un créancier d'aliments. Mais pour que l'usufruit existe, il faut qu'il soit expressément réservé par l'ascendant ; s'il ne fait aucune réserve, la propriété pleine et entière passe aux enfants immédiatement et irrévocablement. On a cependant enseigné qu'il y avait réserve tacite dans le cas où le père cède tous ses biens à ses enfants, parce que l'on ne peut pas supposer que le père veuille se mettre à la merci de ses enfants (1). Il est presque inutile de discuter cette opinion de Duranton, l'erreur est évidente. Le père qui abandonne tous ses biens à ses enfants ne songe pas à faire une réserve quelconque, l'abandon même qu'il fait témoigne qu'il a une confiance, peut-être trop grande, dans la gratitude de ses enfants. Et quand même il aurait la pensée de se réserver la jouissance, cela ne suffirait point pour constituer un usufruit ; conçoit-on un droit réel établi sans concours de consentement? Or, il n'y a de consentement que celui qui est exprimé soit par paroles, soit par des faits.

La réserve de l'usufruit donne lieu à une question très-controversée : on demande si l'usufruit peut être stipulé dans un partage fait simultanément par père et mère en faveur du survivant des époux donateurs? Nous y reviendrons en traitant des donations faites pendant le mariage ; c'est l'article 1097 qui est le siége de la matière.

36. Il y a une autre clause qui est assez usitée dans les partages d'ascendants qui se font entre-vifs : le père stipule que les enfants ne pourront pas aliéner les biens donnés de son vivant, ou qu'ils n'en pourront disposer

(1) Duranton, t. IX, p. 620, n° 627. En sens contraire, Genty, p. 167.

que de son consentement. Le but de cette clause est d'ordinaire d'assurer le service de la rente ou de la pension que le père stipule; réserve inutile si une hypothèque est accordée pour sûreté de la créance. Le père peut aussi avoir l'intention de s'assurer le retour des biens donnés au cas où les enfants donataires mourraient sans postérité. On demande si la clause est valable. Nous avons examiné la question ailleurs. Il a été jugé que la clause n'a rien de contraire à l'ordre public lorsque le père stipule que les biens ne pourront être aliénés qu'avec son consentement. Ce n'est pas mettre les biens hors du commerce, puisque l'aliénation peut se faire (1). En les supposant valables, ces clauses sont en tout cas de stricte interprétation; si elles n'empêchent pas l'exercice du droit de propriété d'une manière absolue, en tout cas, elles l'entravent (2).

37. Du principe que le donateur doit se dessaisir actuellement des biens donnés suit que la donation entre-vifs ne peut comprendre que les biens présents du donateur; l'article 943, qui consacre cette conséquence, ajoute que si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. L'article 1078 contient la même disposition; il porte que les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents, il ne dit pas que le partage sera valable pour les biens présents au cas où il porterait sur les biens présents et à venir. De là on a conclu que le partage est nul pour le tout, si l'ascendant a partagé ses biens présents et à venir. La conclusion n'est-elle pas trop absolue? L'article 1078 applique l'article 943, il n'y déroge point; l'application est inutile, il est vrai, mais il y a bien de ces dispositions inutiles dans le code, ce n'est pas une raison pour leur faire dire plus que ce que la loi n'entend dire. On ne pourrait admettre la dérogation que si elle résultait de la nature du partage; il y a des auteurs qui disent que le partage est indivisible et ne peut être scindé, l'un des

(1) Angers, 29 juin 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4512). Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 605, n° 453.
(2) Angers, 13 août 1853 (Dalloz, 1853, 2, 204).

lots ne pouvant subsister si l'autre tombe. Sans doute, si les lots sont formés de façon qu'il devient impossible de les scinder, le partage tombera forcément par suite du mélange des biens à venir et des biens présents. Mais cela peut aussi ne pas être, chaque enfant peut être apportionné en biens présents, de sorte que le partage soit complet quant à ces biens. Qu'importe, dans ce cas, qu'il y ait encore des lots de biens à venir? La nullité de ces lots n'entraînera pas la nullité des lots de biens présents (1).

38. Toute clause concernant les biens à venir insérée dans une donation-partage est nulle. La cour de Grenoble a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. En partageant ses biens, le père se réservait le mobilier, et il ajoutait que le mobilier, de même que tous les autres biens qu'il laisserait à son décès seraient partagés par quart entre ses quatre enfants. Plus tard, il disposa de ces biens par testament, en les léguant dans les limites de son disponible. On prétendit qu'il ne pouvait pas léguer des biens dont il avait déjà disposé. La cour de Grenoble décida que le père n'avait pas pu disposer, par une donation-partage, des biens qu'il laisserait à son décès; en effet, c'est donner des biens à venir, ce qui ne peut se faire dans une donation entre-vifs (article 943); la loi ne permet ce mode de disposer que dans l'institution contractuelle, par faveur du mariage. La clause étant nulle, le père restait libre de disposer des biens non compris dans le partage (2).

39. L'ascendant ne peut partager que ses biens présents. Peut-il en faire un partage partiel? Dans l'ancien droit, la démission devait comprendre tous les biens de l'ascendant. Cela était très-logique, quoi qu'on en ait dit; le partage entre-vifs implique l'ouverture fictive de la succession, de même que le partage testamentaire implique l'ouverture réelle de l'hérédité. Or, la succession comprend tous les biens du défunt; il faut donc que la

(1) En sens contraire, Genty, p. 132. Comparez, dans le sens de notre opinion, Dalloz au mot *Dispositions*, n° 4519).

(2) Grenoble, 12 février 1859 (Dalloz, 1860, 1, 169).

succession anticipée les comprenne tous. C'est d'ailleurs, disait-on, le seul moyen efficace de prévenir toute dissension entre les enfants; s'il reste des biens à partager, la porte reste aussi ouverte aux mauvaises passions. Cette dernière considération n'est pas juste; il n'y a aucune difficulté à partager l'argent et les valeurs mobilières; cela est si vrai que la loi elle-même divise les créances. La difficulté n'existe que pour les immeubles. Il fallait donc donner à l'ascendant la faculté de partager les biens qui, par leur nature ou à raison des circonstances, peuvent susciter des contestations. Voilà pourquoi les auteurs du code n'ont pas reproduit la règle de l'ancien droit; dès lors on reste dans le droit commun qui régit les donations; l'ascendant peut faire un partage partiel, comme il peut faire une donation partielle. Aux termes de l'article 1077, si tous les biens que l'ascendant laisse au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi (1).

40. L'irrévocabilité est encore un caractère essentiel des donations entre-vifs; donc le partage entre-vifs est aussi irrévocable. De là suit que les articles 944-946, qui consacrent des conséquences de l'irrévocabilité, reçoivent leur application aux partages entre-vifs. Nous dirons plus loin si les exceptions à la règle de l'irrévocabilité s'appliquent aussi au partage d'ascendant; cela concerne les effets du partage.

II. *Quels biens le partage entre-vifs peut-il comprendre.*

41. Le donateur devant transporter actuellement et irrévocablement la propriété des choses données, il s'ensuit que l'ascendant ne peut partager que les biens qui sont dans son domaine au moment du partage. C'est la conséquence évidente, pour mieux dire, une autre formule de la règle en vertu de laquelle l'ascendant ne peut partager que ses biens présents. L'application n'est pas

(1) Genty, p. 131. Demolombe, t. XXIII, p. 67, nº 69.

sans difficulté. Un acte, qualifié de partage d'ascendant, après avoir attribué à l'un des enfants un immeuble, donne aux autres une somme équivalente à prélever dans la succession de l'ascendant, lequel s'oblige seulement à en servir les intérêts. La cour de cassation a décidé que cet acte n'est pas un partage. Cette décision est conforme aux principes que nous avons enseignés en traitant des donations (1). L'acte, dit très-bien la cour, ne transmet pas aux enfants la propriété effective des sommes qui leur sont données; il constitue en leur faveur une simple créance qui exclut par elle-même l'idée de l'existence actuelle desdites sommes dans la fortune du donateur; le payement de cette créance est livré à toutes les éventualités de l'avenir. Est-ce là une donation d'un bien qui se trouve dans le domaine du donateur et qui passe dans celui du donataire? La cour conclut que ce n'est pas un partage, mais elle admet que l'acte est valable comme donation par avancement d'hoirie (2). Cela ne nous paraît pas logique. Si l'acte est valable comme donation, il l'est aussi comme partage, et s'il est nul comme partage, il doit être nul aussi comme donation, puisque le partage-donation et la donation sont un seul et même fait juridique.

42. Il ne suffit pas que les biens soient dans le domaine de l'ascendant, il faut aussi qu'ils puissent être aliénés, puisque le partage-donation est une aliénation. De là suit que la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas partager entre-vifs ses immeubles dotaux, car ces immeubles ne peuvent être aliénés, pendant le mariage, par la femme, pas même à titre onéreux (art. 1554); à plus forte raison ne peut-elle les aliéner à titre gratuit, en les partageant entre ses enfants. Cette application des principes est d'une telle évidence, que l'on ne conçoit pas qu'elle ait été contestée sérieusement. On l'a cependant combattue devant la cour de cassation en vertu d'une de ces nouvelles théories que l'on invente tous les jours

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 511, n°s 423 et suiv.
(2) Rejet, 10 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 163).

en matière de partage d'ascendant. C'est pour cette raison sans doute que le magistrat rapporteur, M. d'Ubexi, a pris la peine de réfuter le système du pourvoi jusque dans le détail de ses objections. Nous allons l'entendre; c'est un jurisconsulte consommé, il lui est facile de mettre à néant les doctrines imaginaires qui n'ont d'appui ni dans les textes ni dans les principes.

On prétendait que la femme mariée sous le régime dotal conserve, malgré l'inaliénabilité dont sont frappés ses biens dotaux, le droit absolu de les partager entre ses enfants par acte entre-vifs. Procédant en jurisconsulte, le conseiller rapporteur demande où est la loi qui, par exception à l'article 1554, permet à la femme de partager par donation, c'est-à-dire d'aliéner des biens que la loi déclare inaliénables. Le pourvoi répond que cette exception se trouve dans la généralité des termes de l'article 1075 qui autorise tous les ascendants, donc aussi la femme dotale, à distribuer leurs biens entre leurs descendants. C'est un de ces arguments dont on dit qu'ils ne prouvent rien, parce qu'ils prouvent trop; il donnerait, en effet, au père interdit la faculté de partager ses biens entre ses enfants, l'article 1075 ne le refusant pas plus à l'interdit qu'à la femme dotale. Il y a une réponse plus directe à faire à l'argumentation du pourvoi; le rapporteur la fait: c'est qu'il y a des principes généraux de droit concernant les incapables; la loi n'a pas besoin de les reproduire dans toutes les dispositions où ils reçoivent leur application; une fois formulés, ils sont applicables de droit à tous les cas qui peuvent se présenter. Un de ces principes élémentaires exige qu'un bien soit dans le commerce pour qu'il puisse être aliéné; or, les biens dotaux sont mis hors du commerce pendant toute la durée du mariage; donc la femme ne peut les aliéner, pas plus par un partage que par toute autre voie, car le partage anticipé fait par l'ascendant est un acte d'aliénation.

Ici vient la théorie nouvelle du partage-donation. On nie que le partage anticipé soit une aliénation, au moins une aliénation ordinaire tombant sous la prohibition de l'article 1554. Les enfants, dit-on, entre lesquels il s'opère

sont, en quelque sorte, copropriétaires des biens que le partage a pour effet de leur attribuer; l'ascendant ne fait que devancer, pour eux, le moment où ils en pourront prendre possession. Nous dirons plus loin en quel sens on peut et l'on doit admettre une copropriété fictive entre les enfants copartagés. Le pourvoi voulait faire d'une fiction une réalité, en contestant au partage anticipé le caractère d'une aliénation. C'est nier l'évidence, dit M. d'Ubexi. Ce partage, en effet, suppose avant tout une donation sans laquelle les enfants entre lesquels il se fait n'auraient aucun droit sur les biens qu'il leur attribue. Les enfants, du vivant de leurs parents, sont si peu copropriétaires de ce que ceux-ci possèdent, que la loi va jusqu'à leur dénier toute action pour se faire doter par eux (art. 204); ceux-ci conservent, tant qu'ils vivent, la libre disposition de leurs biens, et s'ils ne peuvent en disposer à titre gratuit que dans une certaine limite, rien, dans la loi, ne restreint pour eux le droit de les aliéner à titre onéreux. Ce droit, à la vérité, n'appartient pas à la femme dotale, mais elle conserve celui de disposer par acte de dernière volonté, et il suffit qu'elle puisse réduire les enfants à la réserve que la loi leur assure pour démontrer ce qu'il y a d'erroné dans une théorie qui, pour enlever au partage anticipé le caractère d'une aliénation, prétend que ce partage a uniquement pour résultat de fixer et de déterminer la part de chacun des enfants dans la propriété commune. Le texte de l'article 1076 dit tout le contraire, en soumettant ce partage aux formes, aux conditions et aux règles des donations entre-vifs. Or, la donation est une aliénation; et elle est de tous les actes d'aliénation le plus préjudiciable pour la femme, puisque celle-ci se dépouille sans recevoir d'équivalent. Comment donc échapperait-elle à la prohibition d'aliéner qui frappe la femme dotale?

L'inaliénabilité de la dot, continue le pourvoi, est surtout créée dans l'intérêt des enfants auxquels elle garantit la transmission des biens de leur mère; on en conclut que le partage d'ascendant ne porte aucune atteinte à ce principe, puisqu'il a précisément pour but et pour effet

d'opérer immédiatement cette transmission. Cette théorie de la dot est aussi fausse que la théorie du partage; en déclarant les biens dotaux inaliénables, la loi n'entend pas sauvegarder uniquement l'intérêt des enfants, elle se préoccupe avant tout de l'intérêt de leur mère dont elle assure l'existence, en la mettant dans l'impossibilité d'aliéner; c'est la seule garantie réelle que la femme ait contre des entraînements auxquels elle cède presque fatalement sous les autres régimes, et dont sa ruine est trop souvent la conséquence. A ce point de vue, le partage par lequel la femme se dépouille actuellement, irrévocablement de tout ce qu'elle possède, pour en saisir ses enfants, va directement contre le but que la loi s'est proposé en proclamant l'inaliénabilité de la dot; donc il est compris dans la prohibition générale prononcée par l'article 1554.

Cette prohibition reçoit des exceptions; l'article 1556 autorise la femme dotale à disposer de ses biens pour l'*établissement* de ses enfants. Le pourvoi a essayé de se prévaloir de cette disposition pour légitimer le partage des biens que la mère dotale opère entre ses enfants. Sans doute si la mère était dans le cas de doter tous ses enfants, elle pourrait leur distribuer ses biens par un partage anticipé qui serait en même temps un établissement. Nous disons *tous* les enfants, car la dotation de l'un des enfants ne serait pas un motif pour partager les biens à ceux qui ne seraient pas dotés. Il est encore certain que la mère pourrait *établir* ses enfants autrement que par mariage, ainsi que le dit l'article 204 : tel serait un établissement commercial ou industriel qui aurait le même objet que la dot, en assurant aux enfants une existence indépendante (1). Le pourvoi allait plus loin, en altérant l'exception comme il altérait la règle. Dans l'espèce, les enfants étaient mariés et dotés; le partage, disait-on, ajoutait par une nouvelle libéralité à leur aisance, et en ce sens il servait à leur établissement. Le rapporteur répond que cette interprétation de l'exception ne tend à rien

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 69, n° 73. Genty, p. 133.

moins qu'à transformer l'exception en règle. S'il était vrai qu'une mère dispose pour l'établissement de ses enfants toutes les fois que, par ses libéralités, elle ajoute à leur aisance et rend plus large et plus facile pour eux une existence indépendante, le droit de leur donner ses biens dotaux serait sans limite et sans restriction; car toute donation enrichit le donataire et augmente son bien-être, quelle que soit sa situation de fortune. Est-il nécessaire d'ajouter que le texte et l'esprit de la loi protestent contre cette étrange théorie? L'article 1556 permet l'aliénation des biens dotaux par exception, quand elle est nécessaire pour l'accomplissement d'un devoir ou l'acquit d'une dette naturelle. Ces exceptions, comme disposition exceptionnelle, doivent être restreintes, bien loin d'être étendues. C'est dans cet esprit que les tribunaux légitimeront la donation que la mère ferait à ses enfants pour un vrai établissement et, par suite aussi, le partage de ses biens qu'elle opérerait entre eux de son vivant. La cour de cassation a consacré ces principes (1).

43. L'ascendant peut-il comprendre dans le partage les biens qu'il a donnés antérieurement à l'un de ses enfants? S'il les a donnés avec dispense de rapport, la question ne peut pas même être posée. Le donataire est devenu propriétaire irrévocable des biens; si la succession du donateur s'ouvrait, il n'en devrait pas le rapport, donc il ne doit pas non plus les rapporter à la succession anticipée que l'ascendant ouvre fictivement en faisant le partage de ses biens entre ses enfants. Ces biens ne pouvant plus rentrer dans la succession du donateur, sont par là même exclus de tout partage. Que faut-il décider si la donation est faite sans dispense de rapport? Les biens donnés sont également sortis du patrimoine du donateur, ils ne lui appartiennent plus; or, il ne peut partager que les biens dont il a la propriété. Vainement dit-on que ces biens sont rapportables; de ce que les biens sujets à rapport doivent être rapportés on ne peut pas conclure que les

(1) Rejet, 18 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 209). Dans le même sens, Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

donations soient révocables, au gré du donateur, quand il veut faire le partage anticipé de ses biens. La cour de cassation dit, il est vrai, que la donation à titre d'avancement d'hoirie est révocable (1); c'est une erreur qui est échappée à la cour; il n'y a point de donation qui soit révocable par le donateur, puisque l'irrévocabilité est de l'essence des donations entre-vifs. La donation est rapportable, mais seulement à la mort du donateur et si le donataire vient à la succession du donateur, car en renonçant, il s'exempte du rapport. Le donateur ne peut donc pas comprendre dans le partage, malgré le donataire, les biens par lui donnés. Cela n'est pas douteux. Mais si le donataire accepte le partage, ne consent-il pas par là au rapport, et ne dépend-il pas de lui de renoncer au droit qu'il a de conserver les biens donnés jusqu'à la mort du donateur? C'est l'opinion générale (2). Elle nous laisse quelque doute. On dit que les enfants donataires peuvent disposer de ces objets comme bon leur semble; ils peuvent donc consentir à un partage dans lequel entreraient les objets par eux reçus. Que le propriétaire puisse disposer de ce qui lui appartient, cela va sans dire; mais ici il ne s'agit pas d'un simple acte de disposition, il s'agit d'un rapport que le donataire fait du vivant du donateur, ce qui implique l'acceptation de sa succession; n'est-ce pas là une convention sur une succession future? Or, toute convention pareille est frappée de nullité(art. 1130). Le seul moyen de concilier le rapport des biens donnés du vivant du donateur avec le principe qui prohibe les pactes successoires, c'est de dire que le partage anticipé autorisé par la loi implique une succession anticipée, donc une convention sur une succession qui n'est pas ouverte, mais que la loi permet à l'ascendant d'ouvrir fictivement. Une conséquence de cette fiction est que les biens donnés à titre d'avancement d'hoirie doivent être rapportés à la succession de l'ascendant donateur. En autorisant le partage anticipé, la loi autorise implicitement le rapport

(1) Rejet, 9 juillet 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4552).
(2) Genty, p. 135 et suiv. Aubry et Rau, t. VI, p. 215 et note 17.

anticipé. Si donc il y a pacte successoire, c'est en vertu de la loi.

44. L'ascendant peut-il comprendre dans le partage les biens qu'il a donnés par institution contractuelle à l'un de ses enfants? Cette question a donné lieu aux opinions les plus divergentes. On s'est plaint, et non sans raison, de l'anarchie qui règne dans la matière du partage d'ascendant (1). La faute n'en serait-elle pas aux interprètes autant qu'au législateur? Qu'est-ce qu'une institution contractuelle? L'institution d'un héritier par contrat de mariage. Cette institution est irrévocable; le donateur ne peut la révoquer ni directement ni indirectement par des actes à titre gratuit; or, le partage entre-vifs est un acte à titre gratuit; c'est dire que le donateur n'a pas le droit de donner, à titre de partage, les biens qu'il a donnés par institution contractuelle. On prétend qu'il le peut avec le consentement de l'héritier contractuel. A l'objection qu'un pareil consentement serait un pacte successoire on répond que l'héritier contractuel a plus qu'un droit éventuel à la succession, qu'il a un droit conditionnel et que rien n'empêche qu'il en dispose; il peut donc consentir à ce que le droit indivis qu'il a dans la succession soit transformé en un droit sur des biens déterminés (2). Il nous semble que le raisonnement cloche. L'institué n'a droit aux biens qui lui ont été donnés par contrat de mariage que s'il accepte l'institution; or, peut-il accepter une succession qui n'est pas ouverte? et accepter une succession du vivant de l'instituant n'est-ce pas faire un pacte successoire? Dira-t-on qu'il faut appliquer à l'institution contractuelle ce que nous venons de dire de l'avancement d'hoirie? La succession étant ouverte par fiction, le donataire ne peut-il pas l'accepter et en disposer? Nous répondons que, puisqu'il s'agit d'une fiction, il faut la restreindre dans les limites de la loi, toute fiction étant de stricte interprétation. En permettant à l'ascendant de partager ses biens de son vivant, la loi

(1) Bertauld, *Questions du code Napoléon*, t. II, p. 2.
(2) Genty, *Partage d'ascendant*, p. 134.

autorise implicitement le rapport des biens donnés en avancement d'hoirie, car il n'y a pas de partage sans rapport. Autre chose est de comprendre dans le partage des biens que l'ascendant a déjà donnés à un héritier contractuel; loin qu'il y ait nécessité de les remettre dans la masse, il y a un obstacle légal à ce que cette remise se fasse, le droit acquis au donataire en vertu d'un contrat et la prohibition des pactes successoires.

On oppose des objections qui ne sont vraiment pas sérieuses. Le droit qui résulte de l'institution contractuelle, dit-on, est une sorte de *réserve conventionnelle;* dès lors l'héritier contractuel ne peut pas avoir un droit plus fort que le réservataire. Or, la réserve n'est pas un obstacle au partage, donc l'institution contractuelle ne peut pas priver l'ascendant de la faculté de partager les biens compris dans l'institution. Peut-on présumer que le donateur, en disposant d'une partie de ses biens à venir, ait entendu accorder au donataire un droit plus fort que le droit de réserve de ses enfants? M. Demolombe conclut qu'il faut mettre l'héritier contractuel sur la même ligne que l'enfant réservataire, c'est-à-dire qu'il aura la portion des biens qui lui a été donnée par contrat de mariage, comme l'enfant aura celle qui lui est assurée par la loi (1). Voilà la confusion en plein; faut-il s'étonner que l'anarchie en sorte? On confond un droit contractuel, que le donateur a assuré au donataire, qu'il ne peut plus lui enlever, un droit qui est acquis à l'institué, avec un droit que l'enfant tient de la loi. Là d'ailleurs n'est pas la question. Il s'agit de savoir si l'instituant peut encore disposer à titre gratuit de ce qu'il a donné par institution contractuelle. Or, la question est décidée négativement par le texte du code : l'institution contractuelle est irrévocable, dit l'article 1083, en ce sens que le donateur ne peut plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Conçoit-on, après cela,

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 79, n° 78. Comparez Réquier, p. 220 n°s 121 et suiv.

que le donateur puisse disposer à titre gratuit, sous le nom de partage, de ce dont la loi lui défend de disposer à titre gratuit? Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte, ils s'épargneraient bien des controverses, et notre science n'offrirait pas le spectacle d'anarchie que les auteurs déplorent.

45. La jurisprudence a varié sur cette question. Il a été jugé que le père qui a donné par contrat de mariage le quart de tous ses biens présents à son fils par préciput ne peut plus modifier ces dispositions en faisant un partage testamentaire (1). Cet arrêt, que l'on cite comme ayant tranché la question, se rapporte plutôt à une difficulté que nous avons examinée plus haut (n° 43). La vraie difficulté s'est présentée dans une espèce jugée par la cour de Caen. Un père avait donné à l'aîné de ses fils, par préciput et hors part, le quart des biens qu'il laisserait à son décès ; il fit ensuite le partage de ses biens par testament, en réglant le lot de l'aîné de ses enfants, eu égard à la qualité de donataire de la quotité disponible réunie à la qualité d'héritier réservataire. Celui-ci demanda la nullité du partage comme portant atteinte à ses droits. Les autres frères prétendirent qu'il ne pouvait attaquer le partage que pour cause de lésion de plus du quart. La cour décida que l'aîné réunissait deux qualités en sa personne, d'abord celle d'héritier contractuel; les droits qu'il avait comme tel lui étant acquis en vertu d'un contrat, devaient être séparés de ceux qu'il avait comme réservataire; il pouvait donc d'abord prendre le quart des biens, puis venir au partage comme enfant. De là suit que ses frères avaient tort de soutenir que la lésion de plus du quart devait porter sur la totalité des biens qu'il était appelé à recueillir. Mais l'aîné, de son côté, avait tort de prétendre qu'il suffisait d'une lésion quelconque sur sa part dans les biens réservés pour qu'il pût agir en nullité; il restait, sous ce rapport, dans le droit commun de l'article 1079; tout ce qu'il pouvait exiger, c'est que ses droits d'héritier contractuel fussent respectés (2).

(1) Rejet, 12 avril 1831 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4456).
(2) Caen, 21 mars 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4601).

La cour de cassation se montre plus favorable à l'ascendant. Elle permet à l'ascendant qui a fait une institution contractuelle de partager ensuite tous ses biens entre ses enfants; la cour ajoute cependant une restriction qui rapproche sa décision de l'opinion que nous avons soutenue, c'est que l'institué ne doit pas être lésé par le partage, et il le serait dès que le partage ne lui donnerait pas les biens auxquels il a droit comme héritier contractuel, plus sa part héréditaire, quand même le déficit ne s'élèverait pas au quart; il suffit que le préjudice qu'il éprouve soit de quelque importance; il aura, en ce cas, non une action en nullité, mais une action en indemnité. C'est en ce sens que les auteurs décident généralement la question. M. Demolombe objecte que c'est donner à l'héritier contractuel un droit plus fort qu'au réservataire. Nous avons d'avance répondu à l'objection (1). A notre avis, la jurisprudence, même ainsi expliquée, se concilie difficilement avec l'article 1083; nous préférons nous en tenir au texte et maintenir intacts les droits que l'héritier contractuel a en vertu de son institution.

46. La même question se présente lorsque le père fait une promesse d'égalité dans le contrat de mariage d'un de ses enfants. On admet que la clause par laquelle le père promet d'instituer ses enfants par égales portions, ou de leur laisser à chacun leur part héréditaire entière est valable; nous y reviendrons en traitant de l'institution contractuelle. Quel sera l'effet de cette promesse? Ici l'anarchie reparaît. Le père, dit l'un, renonce par là à disposer de la portion disponible, soit au profit d'un étranger, soit au profit d'un enfant; mais il peut partager

(1) Rejet, 26 mars 1845 (Dalloz, 1846, 1, 374). Il faut remarquer que, dans l'espèce, il y avait, outre l'institution contractuelle, une promesse d'égalité. Demolombe, t. XXIII, p. 79 et suiv., nº 78. Un arrêt récent de la cour de cassation pose en principe que l'article 1083, qui défend au donateur de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, ne lui enlève pas le droit entièrement distinct de faire ultérieurement un partage d'ascendant. C'est poser en principe ce qu'il s'agit de prouver. La cour ajoute que l'exercice de ce droit est subordonné à la condition que l'ascendant, par le partage, ne porte aucune atteinte à l'institution contractuelle. Dans l'espèce, l'ascendant avait amélioré la position de l'institué. Rejet, 7 avril 1873 (Dalloz, 1873, 1, 421).

ses biens entre ses enfants malgré la promesse d'égalité, et le partage ne pourra être attaqué que pour cause de lésion de plus du quart; de sorte que l'égalité promise n'empêcherait pas le père d'avantager l'un de ses enfants, pourvu que l'avantage n'allât pas jusqu'au quart (1). Cela est contraire au texte du code et aux principes. La loi exige la lésion de plus du quart lorsqu'il n'y a aucune convention entre les parties; mais la promesse d'égalité est une convention qui lie le père. C'est ce que d'autres auteurs reconnaissent; ils donnent action à l'enfant lésé dès qu'il éprouve un préjudice un peu notable (2). Cela est très-vague et aboutit nécessairement à l'arbitraire. M. Demolombe interprète la promesse en ce sens que l'ascendant s'engage simplement à ne pas avantager l'un de ses enfants par préciput (3). Enfin Troplong dit que le père doit respecter la promesse d'égalité qu'il a faite, et qu'il ne peut détruire, par un partage ultérieur, des promesses qui ont servi de base à l'établissement d'un enfant (4). Ne serait-il pas plus exact de dire que c'est une question d'interprétation de volonté? La loi ne définit pas la promesse d'égalité, comme elle définit l'institution contractuelle; le juge conserve donc le pouvoir qu'il a de fixer le sens de la convention; c'est ce qu'il fait en recherchant l'intention des parties contractantes. Si l'ascendant s'est borné à faire une promesse d'égalité sans exception aucune, il faut l'interpréter comme Troplong le fait : le bon sens dit qu'une promesse d'égalité exclut toute inégalité.

47. La jurisprudence est incertaine comme la doctrine. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la promesse d'égalité ne peut s'entendre d'une égalité mathématique. Sans doute, car l'appréciation de la valeur des choses n'a pas la rigueur des sciences exactes. Mais ce n'est pas ainsi que la cour l'entend, elle pose en prin-

(1) Duranton, t. IX, p. 648, n° 655. Comparez Ancelot sur Grenier, t. III, p. 207, note.
(2) Aubry et Rau, t. VI. p. 238 et notes 22-25.
(3) Comparez Réquier, *Des partages d'ascendants*, p. 233, n° 133.
(4) Troplong, t. II, p. 311, n° 2314.

cipe que le père qui a fait cette promesse s'oblige seulement à ne donner aucun avantage préciputaire à l'un de ses successibles (1). A notre avis, cela est trop absolu, parce que l'on ne peut pas dire *à priori* quelle est l'intention des parties contractantes.

La cour de Limoges est plus dans le vrai, en décidant en termes un peu trop vagues que la promesse d'égalité exclut toute disposition qui blesse d'une manière notable l'égalité promise (2).

La cour de cassation, s'écartant de sa première jurisprudence, a consacré l'interprétation la plus rigoureuse, laquelle est au moins conforme à la lettre de la clause; elle a jugé que la promesse d'égalité faite par le père dans une institution contractuelle en faveur de ses enfants l'empêche de gratifier ensuite les uns au préjudice des autres, et ne lui ôte cependant pas le droit, entièrement distinct, de faire ultérieurement entre eux un partage d'ascendant, pourvu que l'égalité promise y soit scrupuleusement observée (3). Les interprétations littérales n'ont qu'un inconvénient : on ne doit les admettre qu'avec une réserve, c'est que la lettre peut ne pas être d'accord avec l'intention des parties.

C'est l'interprétation littérale et rigoureuse qui tend à l'emporter dans la jurisprudence. Un arrêt récent de la cour de Dijon dit que l'ascendant doit maintenir l'égalité promise; dans l'espèce, les enfants avantagés offraient de parfaire le lot de celui qui se prétendait lésé, soit en argent, soit en nature, ce qui couvrait le vice d'inégalité (4).

Nous ne connaissons qu'un arrêt qui établisse le principe tel que nous l'avons formulé. La cour de Bruxelles dit que la loi ne déterminant pas les effets de la promesse d'égalité, s'en rapporte par cela même à la prudence des magistrats qui doivent les étendre ou les restreindre, selon que les termes dont l'ascendant s'est servi le per-

(1) Rejet de la chambre civile, 15 mars 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4457).
(2) Limoges, 29 février 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4456, 2°).
(3) Rejet, 26 mars 1845 (Dalloz, 1846, 1, 374).
(4) Dijon, 13 juillet 1870 (Dalloz, 1872, 1, 94).

mettent, le tout d'après la volonté présumée des parties. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si le père qui avait promis l'égalité à ses enfants pouvait encore disposer au profit d'étrangers. La cour jugea que le père ne s'était pas interdit cette faculté, qui est de droit naturel; nul n'étant censé renoncer à un droit que la loi lui accorde, il faut en conclure que la renonciation ne peut être admise que si elle est expresse (1).

III. *Du partage de la communauté.*

48. Il va sans dire que les père et mère peuvent réunir leurs biens en une masse pour en faire conjointement le partage entre leurs enfants. C'est ce qu'on appelle ordinairement un partage conjonctif, parce qu'il contient la distribution de deux masses de biens confondues. Nous disons que cela est de droit, en ce sens que les père et mère partagent ce qui leur appartient. Toutefois il y a un motif de douter. Les enfants sont réservataires, ils ont droit à leur réserve en nature, c'est-à-dire qu'ils ont le droit de réclamer leur part en immeubles si leur père possède des immeubles. Pour mettre le partage à l'abri de toute attaque, les père et mère feront bien de composer les lots de façon que le droit de réserve ne soit point blessé. Nous reviendrons sur ce point.

Il y a encore une restriction à faire en ce qui concerne la forme du partage; les père et mère ne peuvent pas l'opérer par le même testament, puisque la loi défend les testaments conjonctifs. Si donc les père et mère veulent distribuer leurs biens par un seul et même acte, ils doivent faire un partage entre-vifs (2).

49. Les père et mère peuvent-ils comprendre dans ce partage les biens de leur communauté? On sait que le mari ne peut disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants com-

(1) Bruxelles, 23 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 213).
(2) Demolombe, t. XXIII, p. 81, nos 80 et 81.

muns. Il ne pourrait donc pas faire à lui seul le partage des biens de la communauté entre ses enfants, puisque partager c'est donner. Mais quand la femme concourt au partage, la question change de face. Les deux époux sont associés, donc copropriétaires; or, les copropriétaires, quand ils sont d'accord, peuvent disposer de leurs biens comme ils l'entendent. On en conclut, c'est l'opinion généralement suivie, que les deux époux peuvent conjointement disposer à titre gratuit de la communauté; d'où suit qu'ils peuvent la comprendre dans le partage qu'ils font de leurs biens. Nous n'admettons pas le principe. Au titre du *Contrat de mariage,* nous établirons que la femme exclue de l'administration de la communauté n'a pas plus le droit de concourir aux actes que le mari fait pour les valider, qu'elle n'a le droit de s'y opposer; elle n'a surtout pas le droit de valider les donations par son concours, car ce droit donnerait indirectement au mari le pouvoir de dissiper la communauté et de dépouiller la femme associée. La conséquence est incontestable : partager entre-vifs, c'est donner; donc les époux ne peuvent partager les biens de la communauté (1).

On objecte que la femme est copropriétaire, et on revendique pour elle le droit qu'a tout copropriétaire de disposer des biens qui lui appartiennent. Nous croyons que Dumoulin était plus dans le vrai en disant de la femme commune : la femme n'est pas à proprement parler associée, mais elle peut le devenir. En effet, elle ne le devient que si elle accepte la communauté; si elle renonce, elle est censée n'avoir jamais été associée. Ce n'est certes pas là la situation d'un associé ordinaire. Il est bien vrai que la loi tient compte du droit de la femme, puisqu'elle défend au mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté. Mais cette défense, dont le but est de garantir les droits de la femme, prouve précisément que la femme ne peut valider, en y concourant, les aliénations à titre gratuit que ferait le mari. Ce pouvoir, que l'on ré-

(1) Comparez Bertauld, *Questions du code Napoléon,* t. II, p. 135, nos 179-182.

clame imprudemment pour la femme, aboutirait à la dépouiller, comme nous le dirons au titre du *Contrat de mariage* (1).

Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le partage d'ascendant est un acte favorable; s'il dépouille les parents, il enrichit les enfants. Le législateur aurait pu tenir compte de la différence qui existe entre le partage et la donation pour autoriser les époux à partager les biens communs; mais il ne l'a pas fait. On reste donc sous l'empire du droit commun. Or, ce droit commun n'est pas, comme on le prétend, celui de deux copropriétaires libres de disposer de leurs droits; le mari est maître et seigneur de la communauté; tandis que la femme n'a aucun droit d'associé pendant la durée du régime, elle est dépendante, et il faut la protéger contre l'abus que le mari pourrait faire de cette dépendance (2).

50. Il est certain que le mari seul ne peut pas partager entre ses enfants les biens de la communauté. Le mari ne le peut pas pour toute la communauté, puisque l'article 1422 lui défend de disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Le mari ne peut pas davantage disposer de sa part dans la communauté, car pendant la durée de la communauté il n'y a pas de part; le partage ne se fait qu'à la dissolution, si la femme accepte; et la dissolution n'a lieu qu'à la mort de l'un des époux, par le divorce, par la séparation de corps ou la séparation de biens.

A plus forte raison la femme ne peut-elle pas partager la communauté entre ses enfants, ni leur distribuer sa part dans les biens communs; pour elle, il y a des raisons particulières qui rendent tout partage impossible. Elle ne peut pas même faire un acte d'administration concernant les biens communs : comment aurait-elle qualité pour faire une donation? Dira-t-on qu'elle peut disposer de sa part? On répond que non-seulement elle ne

(1) En sens contraire, Genty, p. 162; Demolombe, t. XXIII, p. 84, n° 83. Poitiers, 10 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 11); Amiens, 9 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 69). Paris, 23 juin 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10).

(2) En sens contraire, Réquier, p. 249, n° 134.

sait pas quelle est cette part, qu'elle ne sait pas même si elle aura jamais une part; cela dépend du parti qu'elle prendra à la dissolution de la communauté. Si elle renonce, elle est censée n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens de la communauté (1).

51. Sur ce point, tout le monde est d'accord. On a essayé d'échapper à la rigueur de cette conclusion en faisant un partage provisoire de la communauté, après lequel le mari ou chacun des conjoints partage ses biens, y compris les biens communs qui lui sont attribués par ce partage fictif. Il y a des arrêts qui ont autorisé ce procédé ; nous n'hésitons pas à dire que c'est une erreur. Peut-il y avoir un partage de la communauté tant qu'elle dure? C'est une impossibilité juridique, une vraie absurdité. On partagerait la communauté, et, malgré ce prétendu partage, la communauté subsisterait! Ce serait donc une fiction; et appartient-il à l'interprète de créer des fictions?

La cour de Bourges a admis la validité de ce partage par d'assez mauvaises raisons. Elle invoque le texte qui permet aux père et mère de partager *leurs biens* entre leurs enfants; or, les biens de la communauté sont les biens des époux. Ils sont indivis, il est vrai, c'est pour cela qu'on fait un partage provisoire qui sert de base au partage d'ascendant. Dans l'espèce, ce partage était testamentaire, de sorte qu'il n'était pas question de disposer actuellement des biens communs, les droits du mari restaient entiers et ceux de la femme n'étaient altérés en rien. C'était, dit la cour, un simple partage provisoire, comme les partages entre héritiers mineurs. Sur ce dernier point, la cour se trompe certainement; le partage entre mineurs dont elle parle est le partage provisionnel; c'est un partage de jouissance : est-ce que les époux peuvent faire un partage de jouissance des biens de la communauté? C'est une hérésie juridique. L'arrêt de la cour de Bourges a été cassé, et il devait l'être. La cour de cassation dit très-bien que les époux mariés sous le régime de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 224, et notes 13 et 14.

la communauté ne peuvent, avant sa dissolution, faire la distribution des biens qui la composent; ce serait porter atteinte à l'immutabilité du pacte matrimonial et aux droits que chacun des époux doit conserver dans leur intégrité; ils ne peuvent pas plus faire un partage provisoire qu'un partage définitif. La nullité du partage de la communauté entraînait la nullité du partage d'ascendant auquel il servait de base. Vainement invoquait-on l'approbation donnée au partage par l'époux survivant; la confirmation ne se conçoit pas, car la confirmation rétroagit; et comprend-on que le partage soit considéré comme valable à un moment où la communauté subsiste? On ne conçoit pas davantage que le partage soit validé après la dissolution de la communauté, alors que l'un des copartageants est décédé : peut-il y avoir concours de consentement entre un mort et un vivant (1)?

52. Il a été jugé que le père survivant peut faire une masse commune de ses biens et de ceux de sa femme prédécédée pour partager le tout entre ses enfants. En principe, on ne conçoit pas que le père partage des biens dont il n'est pas propriétaire et qu'il est cependant censé donner, puisqu'on suppose que le partage se fait entre-vifs; le père donnerait donc aux enfants des biens qui appartiennent à ceux-ci en qualité d'héritiers de leur mère! La cour de Montpellier dit que toutes personnes majeures et maîtresses de leurs droits sont libres de consentir toutes conventions qui ne sont contraires ni à la loi, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Oui, mais à une condition, c'est que les conventions soient juridiquement possibles. Et de quelle convention s'agit-il? D'un partage d'ascendant fait entre-vifs, c'est-à-dire d'une donation; les enfants peuvent-ils consentir à ce que leur père donne des biens qui ne lui appartiennent pas et qu'il les donne à ceux qui en sont propriétaires? Cela n'a pas de sens. La cour dit que le partage anticipé consiste, de

(1) Cassation, 23 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 31); et, sur renvoi, Orléans, 5 juin 1862 (Dalloz, 1863, 2, 159). Comparez Douai, 10 février 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1702). Bordeaux, 8 août 1851 (Dalloz, 1851, 2, 143). Dans le même sens, Genty, p. 155 et suiv., et de Folleville, p. 368, n° 1170.

la part des enfants, à s'en remettre à la prévoyance et à l'affection de l'ascendant du soin de répartir entre eux tant les biens maternels que les biens paternels : cette convention est-elle contraire aux lois, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1)? Notre réponse se trouve dans l'article 1075 qui permet au père de partager *ses* biens; la loi même n'aurait pu lui permettre de partager des biens qui ne lui appartiennent pas, parce que la loi ne peut pas reconnaître le droit de disposer à celui qui n'est pas propriétaire. Dans l'espèce, il y avait une circonstance très-défavorable à l'enfant qui demandait la nullité du partage, c'est lui qui l'avait provoqué : c'est lui qui avait proposé de s'en remettre à l'ascendant pour le partage des biens maternels ; il avait exécuté le partage pendant neuf ans ; ce sont sans doute ces faits qui ont déterminé la cour.

La cour de cassation a consacré implicitement les vrais principes dans l'espèce suivante. Le partage litigieux renfermait deux parties distinctes : d'abord une donation, par la mère survivante, à ses enfants de la portion à elle revenant dans les biens indivis entre elle et la succession de son mari ; ensuite le partage fait par les enfants entre eux, tant de la portion de la donation que de la portion à eux revenant comme héritiers de leur père. La cour a soin de constater qu'il résulte des clauses de l'acte que la mère ne s'était pas immiscée dans le partage des biens du père ; ce qui implique qu'elle aurait annulé le partage s'il y avait eu immixtion de la mère (2).

N° 2. DU PARTAGE FAIT PAR TESTAMENT.

53. Qu'est-ce que le partage testamentaire? Est-ce un acte de disposition comme le partage fait entre-vifs? De sorte que l'hérédité serait testamentaire, et que les enfants y seraient appelés, non comme héritiers légitimes, mais

(1) Montpellier, 6 mars 1871 (Dalloz, 1871, 2, 252).
(2) Rejet, 2 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 228). Comparez Douai, 7 décembre 1871 (Dalloz, 1873, 2, 212). Dans le même sens, Demolombe, t XXIII, p. 92, n° 89.

comme légataires? Ou le partage par testament n'est-il qu'une simple distribution de la succession légitime, de sorte que les enfants la recueillent, non comme légataires, mais comme héritiers? Il y a sur cette question une doctrine accréditée que nous devons examiner avant tout, puisqu'elle domine toute la matière du partage d'ascendant. On enseigne généralement que le partage fait par acte de dernière volonté n'est pas une disposition des biens, qu'il n'y a pas de legs, soit universel, soit à titre universel, soit à titre particulier; que les enfants viennent à l'hérédité, non à titre de légataires, mais comme héritiers légitimes. A notre avis, cette théorie est fausse, elle est en opposition formelle avec le texte du code, ce qui suffit pour la condamner, et l'esprit de la loi ne lui est pas moins contraire que la lettre.

La théorie que nous combattons ne peut pas nier que le partage testamentaire ne soit un testament; la loi le dit (art. 1076); et dans le système du code, tout acte de dernière volonté qui contient une disposition quelconque de biens ne peut être qu'un testament. Or, le testament est essentiellement un acte de disposition; la loi le range avec la donation parmi les modes légaux qui servent à acquérir et à transmettre la propriété (art. 711). Donc le partage-testament, aussi bien que le partage-donation, est un acte par lequel les biens du défunt sont transmis à ceux qu'il institue ses héritiers ou ses légataires. Est-ce que par hasard le code dérogerait à ce principe dans le chapitre qui traite du partage d'ascendant? Loin d'y déroger, il le confirme par une disposition très-explicite, en disant que le partage d'ascendant peut être fait par acte testamentaire avec les formalités, *conditions* et *règles* prescrites pour les testaments. Certes une des premières *règles* est celle qui résulte de la nature même du testament, tel que le code le définit : c'est un acte par lequel le testateur *dispose* pour le temps où il n'existera plus de *tout ou partie de ses biens*. Il n'y a pas de testament sans une disposition de biens; cela est élémentaire, on peut dire que c'est un axiome. Si le partage testamentaire est un acte de disposition, il s'ensuit que les enfants entre

lesquels il est fait recueillent les biens à titre d'héritiers institués ou de légataires, et non à titre d'héritiers légitimes. La logique du langage et de la pensée est blessée par la théorie que nous croyons devoir combattre. Il y a un testament, on ne peut le nier, et il n'y aurait pas de légataires! Il y a un testament, et ceux qui sont appelés à la succession en vertu de ce testament seraient des héritiers légitimes, c'est-à-dire *ab intestat!* Une hérédité *ab intestat* serait déférée en vertu d'un *testament!*

Pour admettre une fiction aussi énorme, il faudrait que la loi la consacrât en termes bien formels. Loin de là, le texte du code la repousse. C'est un seul et même article qui soumet aux règles des donations et des testaments le partage opéré par l'ascendant, selon qu'il le fait par acte entre-vifs ou par acte de dernière volonté; l'article 1076, ni aucun autre, ne fait aucune différence entre le partage par testament et le partage par donation, en ce qui concerne le caractère dispositif de l'acte : les deux formes impliquent une transmission et une acquisition de biens, l'article 711 le dit et l'article 1076 le répète implicitement. Cependant, dans l'opinion contraire, on établit une différence fondamentale entre le partage d'ascendant fait par testament et le partage d'ascendant fait par donation : celui-ci est un acte de disposition, l'autre n'est qu'un acte de distribution. Et que dit-on pour justifier cette différence, dont il n'y a pas un mot dans nos textes?

On allègue l'ancien droit (1). Lebrun dit, en effet, que lors même que l'acte par lequel l'ascendant a fait le partage entre ses enfants est un acte testamentaire, les coutumes ne laissent pas, en ce cas, de considérer les enfants comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a léguées. L'argument serait décisif si l'ancien droit avait posé en principe, comme le fait le code civil, que le partage d'ascendant ne peut se faire que par donation ou testament avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testa-

(1) Genty, p. 197 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 101, n° 97. Réquier, p. 86, n° 59.

ments. Mais cette disposition est nouvelle, elle déroge à l'ancien droit (1); et c'est cependant la disposition de l'article 1076 qui est le siége de la matière. Cela prouve que la tradition n'a aucune autorité dans le débat. Il faut l'écarter pour s'en tenir au texte et à l'esprit du code civil.

Sur ce terrain, l'opinion générale est d'une faiblesse extrême. Tout ce que l'on dit pour prouver que le testament est un simple acte de distribution des biens s'applique littéralement à la donation; de sorte qu'il faudrait en conclure que la donation aussi bien que le testament appelle les enfants à la succession en qualité d'héritiers, qu'ils ne sont jamais ni donataires ni légataires. N'est-ce pas effacer l'article 1076 du code? L'ascendant, dit-on, qui partage ses biens par testament n'entend pas détruire, pas même modifier la vocation légale de ses enfants. N'en est-il pas de même de l'ascendant qui partage ses biens par donation? L'ascendant, continue-t-on, fait lui-même ce que ses enfants auraient fait après lui, à sa mort. Sans doute, puisqu'il partage les biens en lieu et place des enfants. Mais, encore une fois, n'en est-il pas de même quand il les partage entre-vifs?

On pourrait dire mieux. Il y a une nuance entre la donation et le testament. Au moment où le père donne ses biens à ses enfants, ceux-ci n'ont encore droit à rien, le père leur fait donc une libéralité, c'est-à-dire qu'il fait un acte de disposition; tandis que le partage testamentaire ne produit d'effet qu'à la mort de l'ascendant et, à ce moment, les enfants sont appelés par la loi, saisis de la propriété et de la possession des biens de leur père; celui-ci ne leur donne donc rien, partant il n'y a pas d'acte de disposition. Nous répondons, et la réponse est péremptoire, que lorsqu'il y a partage testamentaire, les enfants sont appelés, non aux biens indivis du défunt, ils sont appelés chacun à un lot distinct; cela prouve qu'ils ne sont pas héritiers, les héritiers acquièrent un droit indi-

(1) Réquier après avoir exposé l'ancien droit, dit qu'on n'y trouve rien qui ressemble à notre partage entre-vifs de biens présents (p. 51, n° 27 *bis*).

vis, les enfants copartagés acquièrent un droit divisé; donc ils ne sont pas héritiers, ils sont légataires.

La théorie que nous combattons absorbe le testament dans le partage, et logiquement elle devrait faire la même chose de la donation. C'est violer l'article 1076. La loi dit que le partage se fait par donation ou par testament, et que l'on doit observer non-seulement les formes des testaments, mais aussi les *conditions* et les *règles*. C'est bien dire que le partage est tout ensemble une distribution de biens et un acte de disposition. Nous n'entendons pas absorber le partage dans la donation ou dans le testament. Il y a deux éléments : il faut faire sa part à chacun. Pour le moment, nous considérons le partage comme acte de disposition; après cela, nous dirons quel effet il produit comme acte de distribution. Ce double caractère d'un seul et même acte est la source de grandes difficultés; mais ce n'est pas les résoudre que de mutiler l'acte en effaçant l'un des éléments.

54. Quelle capacité les enfants doivent-ils avoir pour succéder en vertu du testament de l'ascendant? Dans notre opinion, les enfants sont légataires, ils doivent donc avoir la capacité requise pour recueillir un legs; on applique, par conséquent, les articles 1046 et 1047. Dans l'opinion générale, les enfants succèdent comme héritiers; de là suit qu'ils doivent être capables de succéder *ab intestat;* on applique donc l'article 727. M. Demolombe avoue que ce n'est pas sans hésitation, ou plutôt sans résistance qu'il a accepté cette conséquence qui découle du principe qu'il admet; la logique l'y contraint(1). N'est-ce pas le cas de dire que la logique trahit les mauvaises causes? Quoi, je suis appelé à recueillir des biens en vertu d'un *testament*, et je dois avoir la capacité d'être héritier *ab intestat!* Si le droit dit oui, certes le bon sens dit non. Qui a mis le droit en conflit avec le bon sens? La théorie des interprètes; car la loi ignore ces contradictions. Elle veut que l'on applique au partage testamentaire les conditions et les règles des testaments, donc

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 110, n° 105.

aussi la règle qui régit la capacité du légataire. Nous ne connaissons qu'un auteur qui soit de notre avis, c'est M. Bertauld; mais son système n'est pas le nôtre; d'après lui, les dispositions du code concernant le partage d'ascendant sont l'application du droit commun, et c'est aussi le droit commun en matière de testament qu'il faut appliquer à la capacité (1). Dans notre opinion, le partage est un droit exceptionnel, et il faut s'en tenir au texte pour déterminer les conditions de l'exercice de ce droit; or, le texte nous renvoie au chapitre des *Testaments :* cela est décisif.

55. Les enfants peuvent-ils répudier le partage testamentaire et accepter la succession *ab intestat?* Dans notre opinion, il faut répondre affirmativement sans hésiter. Les enfants sont légataires; or, quand un legs est fait à un héritier *ab intestat,* il peut renoncer au legs et accepter la succession légitime. C'est le droit commun, et l'article 1076 maintient le droit commun pour le partage testamentaire. Ce qui est vrai pour les héritiers légitimes en général l'est à plus forte raison pour les enfants, car ils sont héritiers à réserve, et la réserve est un droit dont ils ne peuvent être dépouillés; ils ont donc deux qualités et deux droits, ils sont légataires et réservataires; pourquoi ne pourraient-ils pas renoncer à l'un de ces droits pour exercer l'autre? Il n'y a pas de légataire nécessaire pas plus que d'héritier nécessaire; le droit de répudier le legs qui leur est fait est donc incontestable, et s'ils renoncent au legs, ils conservent leur qualité de réservataires à laquelle ils n'ont pas renoncé.

On objecte (2) que le testament, dans l'espèce, n'est autre chose que la succession légitime qui arrive aux enfants toute partagée; ils ne peuvent donc pas la recueillir autrement. Il nous semble que la conséquence témoigne encore une fois contre le principe. Une succession qui arrive aux enfants toute partagée n'est pas une succession légitime, car celle-ci arrive, au contraire, non

(1) Bertauld, *Questions du code Napoléon*, t. II, p. 29, n° 43.
(2) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 457, n° 243 *bis* II. Genty, p. 199 et suiv.; Demolombe, t. XXIII, p. 105, n° 99.

partagée aux héritiers; si donc elle est toute partagée, ce ne peut être une succession *ab intestat*, c'est, par conséquent, une succession testamentaire; de là suit que les enfants, en renonçant, renoncent à un legs, et non à leur réserve, qu'ils peuvent toujours réclamer tant qu'ils n'ont pas répudié la succession *ab intestat*; et c'est une chose contradictoire dans les termes que de dire que celui qui refuse un legs, c'est-à-dire un droit testamentaire, répudie par cela même la réserve, c'est-à-dire la succession *ab intestat*.

On insiste, et l'on dit que si l'on permet à un des enfants de renoncer, on rend illusoire la faculté que la loi reconnaît aux ascendants. C'est un pouvoir que la loi leur confie pour maintenir la paix et l'harmonie dans la famille; il faut donc admettre que l'exercice qu'ils font de ce pouvoir oblige les descendants; autrement ce ne serait plus un pouvoir. Notre réponse est dans le texte; il ne parle pas d'un pouvoir, ni d'un partage que les ascendants imposent d'autorité à leurs enfants. L'article 1075 dit qu'ils peuvent faire la distribution de leurs biens entre leurs enfants. Voilà en apparence le pouvoir. Mais l'article 1076 ajoute que l'exercice de ce prétendu pouvoir est soumis aux conditions et aux règles qui régissent les donations et les testaments. Or, la plus élémentaire de ces règles et de ces conditions n'est-elle pas que le donataire doit consentir pour qu'il y ait donation, et que le testament devient caduc quand le légataire refuse d'accepter le legs? On ne niera pas que les enfants peuvent refuser de consentir un partage fait par donation; c'est cependant l'exercice du même pouvoir que la loi accorde aux ascendants; le droit est identique, qu'il s'exerce par un acte entre-vifs ou par un acte de dernière volonté. S'il est permis aux enfants de refuser leur consentement à un partage entre-vifs, pourquoi n'auraient-ils pas le droit de répudier un partage testamentaire? C'est rendre illusoire le droit de partager, dit-on. Nous répondons que l'on se fait une très-fausse idée du partage d'ascendant, si on le considère comme un acte d'autorité. Quel est le but de l'ascendant? Maintenir la concorde entre ses en-

fants. Est-ce établir l'harmonie entre les enfants que de les forcer à subir un partage dont ils ne veulent pas? Ou n'est-ce pas plutôt jeter des semences de discorde et de haine?

On avoue que si tous les enfants renoncent, le partage testamentaire tombe. Que devient alors le pouvoir de l'ascendant? Si tous s'entendent pour répudier le partage testamentaire, le pouvoir du père devient illusoire, aussi bien que si l'un des enfants renonce. Il y a plus. Le droit de renoncer collectivement n'existe pas, la renonciation est un acte individuel; donc pour que la renonciation de tous soit valable, il faut que chacun ait le droit de renoncer, et si chacun a ce droit, la renonciation qu'il fait doit être valable, indépendamment du parti que prennent les autres enfants. Donc la renonciation de tous, que l'on admet, doit faire admettre la renonciation individuelle de chacun des enfants.

56. Les conséquences qui dérivent de l'opinion générale ne sont pas de nature à nous réconcilier avec le principe d'où elles découlent (1). On est forcé d'admettre que l'acceptation de la succession implique l'acceptation du partage, puisque le partage n'est autre chose que la succession partagée. Cependant au moment où la succession s'ouvre, les enfants peuvent ignorer l'existence du testament; les voilà donc légataires sans le savoir et sans le vouloir; ils auront accepté un partage sans savoir qu'il y a un partage. Est-ce que accepter ne suppose pas l'intention d'être héritier, et conçoit-on une acceptation sans intention aucune? A chaque pas on se heurte contre des impossibilités juridiques. En voici encore une qu'il faut subir dans l'opinion générale. Le partage donne un privilége aux copartageants; d'après le code civil, ce privilége doit être inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage. En cas de partage testamentaire, l'acte a date à partir de l'ouverture de la succession; donc le délai pour prendre inscription courra dès ce moment, quand même les enfants ignoreraient qu'il existe un testament;

(1) Genty, p. 203.

le délai de soixante jours peut donc s'écouler avant que les enfants sachent qu'ils devaient prendre inscription. Cela choque le bon sens, mais cela est logique, dit-on. Oui, mais une doctrine qui choque à ce point le bon sens nous paraît très-suspecte. Nous préférons, en tout cas, le droit tel qu'il est consacré par le texte du code. Il n'y a de partage testamentaire que par l'acceptation des enfants, et c'est seulement à partir de leur acceptation que le délai doit courir.

57. Quels biens le partage testamentaire peut-il comprendre? A la différence du partage entre-vifs, le partage qui se fait par testament porte sur les biens que le testateur laissera à son décès. Le droit de l'ascendant ne peut s'exercer que sur les biens qui sont dans son domaine. Aux termes de l'article 1021, le legs de la chose d'autrui est nul; cette disposition s'applique au partage testamentaire, puisqu'il est soumis aux règles qui régissent les testaments. Une mère partage non-seulement ses biens, mais encore ceux de son mari et ceux de ses enfants. On voulait valider le partage en invoquant l'article 900, c'est-à-dire en ne tenant aucun compte du partage, en tant qu'il distribuait des biens qui n'appartenaient pas à l'ascendant. La cour d'Angers décida que l'article 900 était inapplicable; en effet, il suppose que l'acte peut subsister après que l'on a effacé les clauses illégales; tandis que le partage devenait inexécutable si l'on en retranchait les biens dont la mère avait disposé sans en avoir le droit(1). Il faut ajouter que l'article 900 ne reçoit d'application que lorsqu'il y a des conditions ou des charges proprement dites; on ne peut donc pas l'appliquer à un partage fait sans conditions, mais portant sur des biens qui n'y peuvent être compris (1).

58. Les questions que nous avons examinées en traitant du partage entre-vifs se représentent pour le partage testamentaire. On demande si l'ascendant peut comprendre dans ce partage les biens qu'il a donnés, sans dispense de rapport, à l'un de ses enfants. La doctrine et la juris-

(1) Angers, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 36).

prudence s'accordent à lui reconnaître ce droit (1). Nous en doutons; la décision, en tout cas, est trop absolue. En principe, il faudrait dire plutôt que le père ne peut pas partager les biens qu'il a donnés entre-vifs, parce que ces biens sont sortis définitivement de son patrimoine : c'est le legs de la chose d'autrui, et ce legs est nul. On dit que les biens donnés sans clause de préciput devront être rapportés, qu'ils font, par conséquent, partie de la masse partageable. Quand le partage se fait entre les enfants, cela est de toute évidence. Mais quand le père partage, il ne lui appartient pas d'exiger le rapport, car il n'est pas héritier, et le rapport n'est dû qu'aux héritiers. Il y a plus; le père ne peut pas savoir si l'enfant donataire acceptera la succession; l'enfant peut avoir intérêt à renoncer, et s'il renonce, l'obligation du rapport cesse. Notre conclusion est que le père ne peut pas faire le partage en imposant le rapport à l'enfant donataire. Tout ce qu'il pourrait faire, c'est de dresser un projet de partage pour le cas où l'enfant donataire accepterait et un autre projet pour le cas où l'enfant donataire renoncerait. Il y aurait donc un projet de partage qui ne deviendrait définitif que par l'acceptation de l'enfant donataire. Cela serait une nouvelle singularité, car le testateur ne propose pas, il ordonne. Mais ordonner, dans l'espèce, il ne le peut, puisque ce serait léguer une chose qui ne lui appartient pas. Après tout, le partage d'ascendant est toujours un projet, en ce sens qu'il ne devient définitif que par l'acceptation des enfants. A plus forte raison l'ascendant ne pourrait-il pas comprendre dans le partage les biens dont il a disposé par institution contractuelle. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit plus haut. Celui qui a fait une institution contractuelle ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans l'institution (art. 1083). Or, le partage d'ascendant est une disposition à titre gratuit, puisque c'est une disposition testamentaire (article 895). Cela décide la question (2).

(1) Genty, p. 135. Rejet, 9 juillet 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 4552).
(2) Genty, p. 133.

59. Par application du même principe, il faut décider que l'un des époux ne peut comprendre dans le partage de ses biens ceux qui composent la communauté, ni sa part dans les biens communs (1). Un testateur l'avait fait après avoir dressé un partage provisoire de la communauté : il comprenait, disait-il, ce que ce procédé avait d'irrégulier, mais il exprimait la conviction que sa femme accepterait le lot qu'il lui attribuait, et consentirait à la délivrance, au profit de ses héritiers, des lots qu'il leur assignait, en protestant qu'il n'avait adopté cette voie que pour éviter toute discussion d'intérêts entre sa femme et ses enfants. Les intentions étaient excellentes, mais étaient-elles légales? Le testateur lui-même avouait qu'elles ne l'étaient pas; et la cour de cassation se vit obligée d'annuler ce qu'il avait fait. Comme d'ordinaire, c'est un des gendres qui réclama contre le partage, et il suffisait d'une réclamation pour le faire tomber. Toutefois la cour d'Amiens l'avait maintenu; la cour de cassation le cassa, après un délibéré en la chambre du conseil, sur les conclusions conformes de l'avocat général Nicias-Gaillard. L'arrêt est clair et net; il commence par établir, ce qui est incontestable, que l'indivision des biens mis en communauté ne peut cesser qu'après la dissolution même de la communauté; avant la dissolution, il n'appartient à aucun des époux de déterminer, de son chef, l'importance des biens communs, d'en opérer la liquidation, de les répartir entre lui et son conjoint et de disposer, par acte de dernière volonté, des biens dont il aurait ainsi éventuellement composé son propre lot. Ce droit, continue la cour, ne saurait appartenir à la femme, puisque, aux termes de l'article 1453, tout acte impliquant de sa part l'exercice de la faculté d'accepter ou de répudier avant la fin de la communauté serait nul et comme non avenu. Ce droit ne saurait appartenir davantage au mari, l'article 1423 lui permettant seulement de disposer d'un effet de la communauté sous la forme de donation testamentaire et sous

(1) La question est traitée dans tous ses détails par Bertauld, *Questions du code Napoléon*, t. II, p. 147, nos 198-205.

la condition que, par l'événement du partage, cet effet tombera au lot de ses héritiers. Vainement invoquait-on l'article 1075 qui accorde aux ascendants la faculté de faire le partage anticipé de leurs biens à leurs enfants, ce droit ne pouvant s'exercer que sur les biens dont chacun des époux a la propriété et la libre disposition. Dans l'espèce, le mari avait compris que le partage qu'il faisait était nul, il comptait sur la confirmation de la femme; mais cette confirmation ne pouvait valider le partage, car le consentement de la femme intervenait à un moment où le mari prédécédé ne pouvait plus consentir, et le lien de droit ne peut se former que par le concours simultané des volontés des contractants, concours impossible par le décès de l'une des parties avant que l'autre puisse consentir. La démonstration est mathématique : le partage était nul (1).

ARTICLE 2. Du partage considéré comme distribution de biens.

N° 1. LA DOCTRINE.

60. Le partage d'ascendant est un partage; l'article 1075, qui établit le principe, dit que l'ascendant peut faire la distribution de ses biens entre ses descendants. Ce partage est-il soumis aux règles qui régissent le partage *ab intestat?* L'opinion générale est que l'on doit appliquer au partage d'ascendant la disposition de l'article 832 ainsi conçue : « Dans la formation et composition des lots, on doit éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations ; et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. » Nous croyons que l'article 832 n'est pas applicable au partage d'ascendant, parce que la loi n'oblige pas l'ascendant à se conformer aux dispositions qui régissent le partage judiciaire. Le texte garde le silence sur les règles d'après lesquelles l'ascen-

(1) Cassation, 13 novembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 311).

dant doit distribuer ses biens ; ce silence est d'autant plus significatif que la loi déclare expressément applicables au partage d'ascendant les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments. Elle assujettit donc le partage d'ascendant au droit commun en tant que le partage est un acte de disposition. Elle ne dit rien du partage considéré comme acte de distribution. Qu'en faut-il conclure? Que l'ascendant n'est soumis à aucune règle à cet égard, sauf que le partage pourra être attaqué pour les causes déterminées par la loi. Ces causes sont l'omission d'un enfant, la lésion de plus du quart, l'atteinte portée à la réserve. La loi ne dit pas que le partage est nul si l'ascendant ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article 832 : peut-on admettre une nullité que la loi ne prononce pas et pour inobservation de formes qu'elle ne prescrit point? Nous admettons le système des nullités virtuelles, bien qu'il transforme le juge en législateur. Mais au moins la nullité a une base; il y a une disposition formelle de la loi qui n'a pas été observée; il faut une sanction, cette sanction doit être la nullité, parce que telle est la volonté tacite du législateur. Dans l'espèce, il n'y a pas de texte; l'interprète crée donc d'abord une obligation que la loi n'impose pas à l'ascendant, puis il la sanctionne de la peine de nullité. Cela s'appelle, à la lettre, faire la loi.

Dira-t-on que l'esprit de la loi le veut ainsi? Nous pourrions nous contenter de répondre que l'esprit de la loi ne suffit point pour engendrer une obligation et pour la sanctionner par la peine de nullité. Mais voyons de plus près quel est cet esprit de la loi que l'on invoque pour créer une cause de nullité dont il n'y a pas une trace dans le chapitre qui traite des partages d'ascendants. Chose remarquable, quand il s'agit de préciser les motifs pour lesquels on admet l'application de l'article 832, les partisans de l'opinion dominante ne s'entendent plus. Les uns invoquent le principe de l'égalité qui est de l'essence de tout partage, donc aussi du partage d'ascendant. D'autres trouvent que cela n'est pas tout à fait exact. L'égalité concerne la valeur des objets partagés, et quand elle est

blessée, la loi donne une action en rescision pour cause de lésion; tandis que l'égalité n'est point blessée quand un lot se compose d'immeubles et un autre de meubles, pourvu que les deux lots soient égaux. C'est une question de convenance plutôt que d'égalité; or, en permettant au père de partager ses biens entre ses enfants, la loi l'a précisément constitué juge des convenances; il connaît les besoins et les goûts de ses enfants; aux filles il donnera de l'argent, parce qu'il leur faut une dot, et la meilleure des dots est celle dont on peut faire toute espèce d'usage. A ses fils le père donnera des terres s'ils sont agriculteurs, une maison en ville s'ils sont industriels ou commerçants, ou mieux encore, des valeurs mobilières, l'âme de l'industrie et du commerce. Il y a encore d'autres intérêts à sauvegarder, ceux de l'agriculture, intérêts qui sont aussi ceux des familles dans lesquelles les partages d'ascendant sont usités, les familles de laboureurs; il importe de maintenir l'exploitation agricole dans son intégrité, si le démembrement poussé à l'excès rendait la culture impossible ou ruineuse. Eh bien, l'orateur du gouvernement a dit en toutes lettres que le partage d'ascendant permettra d'éviter des démembrements et de régler la répartition des biens de manière à rendre heureux chacun des enfants, en consultant ses goûts et ses aptitudes. Voilà l'esprit de la loi, il commande de laisser une grande liberté au père de famille; ce serait donc contrarier le vœu du législateur que d'imposer des entraves au père; ce qui aboutirait à rendre impossible l'exercice de la mission de prévoyance et d'équité que la loi a entendu lui confier.

On a donné une autre raison pour justifier l'application du système restrictif consacré par l'article 832. C'est, dit-on, la conséquence de la copropriété. Le partage suppose une copropriété indivise; or, chacun des copropriétaires a un droit, non-seulement sur la masse, mais encore sur chacun des objets qui la composent. Si l'on appliquait ce principe dans toute sa rigueur, chaque communiste devrait avoir une part dans tous les objets indivis. L'article 832 déroge à cette rigueur, tout en appliquant le

principe de la copropriété, il se borne à exiger que l'on mette dans tous les lots une quantité pareille d'objets de même nature. Puisque l'article 832 tient à l'essence du partage, il en faut conclure que l'ascendant est obligé de s'y conformer quand il distribue ses biens entre ses enfants (1). Cela est très-juste quand il s'agit du partage ordinaire qui se fait après l'ouverture de l'hérédité, alors que les biens délaissés par le défunt appartiennent réellement par indivis aux héritiers. Mais lorsque l'ascendant fait la distribution de ses biens entre ses enfants, ceux-ci ne sont pas copropriétaires. Cela est évident dans le partage entre-vifs ; le donateur seul est propriétaire, car c'est par la donation que la propriété des biens donnés est transmise aux donataires. Il en est même ainsi du partage testamentaire ; il contient également une disposition de biens, c'est le testateur qui est propriétaire au moment où il dispose, il l'est encore au moment où il meurt ; ce n'est qu'après sa mort que ses héritiers se trouvent en état d'indivision. Donc dans le partage d'ascendant, ce ne sont pas des copropriétaires qui divisent entre eux un patrimoine commun, c'est un propriétaire qui distribue ses biens entre ses héritiers présomptifs ; l'article 1075 le dit formellement. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a une fiction de copropriété sans laquelle on ne concevrait pas de partage ; en vertu de cette fiction, la succession est censée s'ouvrir par anticipation au moment où l'ascendant fait le partage de ses biens. Mais une fiction suffit-elle pour entraîner l'application des règles qui régissent le partage réel ? Les principes nous disent que c'est au législateur seul qui crée les fictions d'en déterminer les limites et les effets. C'est ce que les auteurs du code ont fait dans le chapitre consacré au partage d'ascendant. En matière de fictions, le silence de la loi est décisif ; on ne peut appliquer d'autres règles à un partage fictif que celles que la loi établit ; or, elle renvoie aux règles des Donations et Testaments, elle ne

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 221, note 1, § 730. En sens contraire, Réquier, p. 292.

renvoie pas aux règles du Partage; cela décide la question (1).

61. La doctrine n'est pas aussi unanime qu'on le prétend. Il y a des auteurs qui distinguent entre le partage qui se fait par testament et le partage qui se fait par donation (2). Ils admettent que le partage testamentaire est soumis aux règles que le code établit au titre des *Successions*; ce partage, dans l'opinion commune, est l'œuvre du testateur seul, il l'impose à ses héritiers, il fait donc fonction de juge, et partant il doit observer les règles que le code prescrit pour le partage judiciaire. Le partage entre-vifs, au contraire, s'opère par le concours de volontés de l'ascendant et des enfants, ceux-ci doivent accepter, et leur acceptation doit même être expresse. C'est donc un partage conventionnel; or, les copartageants qui s'entendent peuvent faire le partage comme ils veulent, ils ne sont pas liés par les dispositions restrictives de l'article 832; c'est une garantie établie dans l'intérêt des héritiers; qu'est-ce qui les empêche d'y renoncer? Leur consentement légitime toutes les clauses du partage.

Cette distinction n'a pas trouvé faveur. Considéré comme acte de répartition des biens, le partage testamentaire ne diffère pas du partage entre-vifs. C'est un seul et même fait juridique, il doit donc être régi par les mêmes règles. Conçoit-on que le partage par donation soit affranchi des règles de l'article 832 si, comme on le dit, elles découlent de l'essence même du partage? Il faut donc chercher ailleurs la raison pour laquelle l'ascendant n'est pas soumis aux restrictions qui entravent le partage judiciaire. La raison se trouve dans le but que le législateur a eu en accordant à l'ascendant le droit de distribuer ses biens entre ses enfants.

L'article 832 ne s'applique pas à tout partage *ab intestat*, il est fait pour le partage judiciaire, et dans ce par-

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 206, nº 201, et les auteurs qu'il cite.

(2) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 465-469 Genty, p. 137 et suiv. Comparez Réquier, p. 190 et suiv., 283 et suiv.

tage, les dispositions restrictives de la loi se comprennent. En effet, les lots se tirent au sort; dès lors il fallait composer tous les lots de façon que chacun comprît la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur; sinon il y aurait eu inégalité entre les copartageants. Mais cette égalité mathématique a de grands inconvénients; elle rend impossibles les lots d'attribution, c'est-à-dire le partage qui tient compte des besoins, des goûts, des convenances de chacun des communistes; elle donne des immeubles à celui qui préférerait avoir toutes valeurs mobilières, et des valeurs mobilières à celui qui voudrait avoir des immeubles. Les partages d'attribution sont bien plus favorables aux copartageants; malheureusement c'est dans ces partages qu'éclatent les rivalités, les jalousies et, par suite, les dissensions. Voilà pourquoi le législateur a investi le père de famille du pouvoir de faire un partage d'attribution entre ses enfants.

On ne peut nier que tel soit l'esprit de la loi, puisque l'orateur du gouvernement l'a dit (n° 1). S'il en est ainsi, le partage d'ascendant ne saurait être soumis aux règles que l'article 832 établit pour le partage judiciaire. Il y a dans l'opinion commune une vraie contradiction logique. L'article 832 concerne les partages qui se font en justice, c'est-à-dire les partages dans lesquels les lots ne peuvent pas être formés par attribution; et on veut l'appliquer au partage d'ascendant, que le législateur autorise précisément pour que l'ascendant distribue ses biens par voie d'attribution. La contradiction est flagrante : d'une part, on dit à l'ascendant qu'il doit consulter les convenances et les besoins de chacun de ses enfants pour que tous soient heureux d'un partage qui satisfait aux intérêts de chacun; et d'autre part, on lui défend de faire un partage de convenance, on lui ordonne de mettre dans chaque lot des objets de même nature, qualité et valeur. On étend donc à un partage qui doit s'opérer par attribution une règle qui exclut les lots d'attribution. En définitive, on interprète à faux l'article 832 en l'appliquant au partage d'ascendant. L'article 832 n'établit pas une

règle générale pour tout partage, il établit une règle exceptionnelle pour les partages judiciaires. Est-ce que le partage d'ascendant est un partage judiciaire? Il a, au contraire, pour objet de prévenir les partages en justice. On doit donc l'assimiler à un partage conventionnel; il exige, en effet, le consentement des copartagés. Or, le partage conventionnel n'est pas soumis à l'article 832; cela nous paraît décisif.

62. Si l'on veut appliquer au partage d'ascendant les règles qui régissent le partage judiciaire, le droit que le législateur a accordé au père de famille devient dérisoire; on lui permet tout ensemble et on lui défend de faire un partage d'attribution. C'est à cela qu'aboutit la jurisprudence de la cour de cassation que nous allons bientôt exposer. L'opinion publique s'en est émue, bien qu'elle ne s'émeuve guère des décisions purement juridiques. Cela prouve qu'il y a un intérêt général en cause. Une enquête agricole a été faite en France dans les années 1866, 1867 et 1868. Le président de la commission, M. de Forcade, ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, en exposant les résultats de l'enquête, a appelé l'attention du gouvernement sur la législation concernant le partage d'ascendant, telle qu'elle est interprétée par la cour de cassation. Il demande que le code soit modifié en ce sens que le partage d'ascendant cesse d'être soumis aux règles du partage judiciaire : dans l'intérêt de l'agriculture, il faut permettre à l'ascendant d'attribuer à l'un des héritiers le domaine immobilier de la succession, en donnant aux autres les valeurs mobilières (1). Les magistrats, de leur côté, se sont préoccupés de cette face de la question qui d'ordinaire leur reste étrangère. Deux présidents de cour d'appel, MM. Réquier et Barafort, ont soumis la question de droit à un nouvel examen, et ils sont arrivés a la conclusion que nous venons de formuler : l'intérêt de l'agriculture n'est pas sacrifié, comme on le croit, par le code civil; c'est la

(1) Barafort, *Des partages d'ascendants et des modifications à introduire dans la loi sur cette matière, à propos de l'enquête agricole* (Paris, 1870), p. 5et suiv.

jurisprudence qui a imposé aux partages d'ascendants des règles restrictives dont, dans l'esprit de la loi, ils devaient être affranchis.

Sans doute l'intérêt de l'agriculture n'est pas un motif juridique; il peut engager le législateur à modifier la loi, mais il ne portera pas les tribunaux à donner une autre interprétation au code civil, à moins que l'on ne prouve que les auteurs du code ont entendu donner satisfaction à l'intérêt agricole, en investissant le père de famille d'un pouvoir suffisant pour concilier l'intérêt de son exploitation avec les droits et les intérêts de ses enfants. A notre avis, les magistrats qui ont pris en main la défense de l'agriculture ont fourni cette démonstration. Nous y devons insister précisément parce que cet ordre d'idées est peu familier aux jurisconsultes.

Constatons d'abord que c'est dans la classe des petits cultivateurs que l'usage des partages d'ascendants s'est perpétué à travers les siècles. Le laboureur qui a plusieurs enfants garde auprès de lui son fils aîné, parce qu'il sera plus tôt que ses frères en état de le seconder dans ses travaux et de continuer son exploitation. Les autres enfants vont se placer comme domestiques, ou travaillent comme journaliers ou artisans. Quand la vieillesse arrive, le père se démet de ses biens au profit de ses enfants. Comment fera-t-il le partage? L'équité et la nécessité concourent pour laisser à celui de ses fils qui de fait dirige l'exploitation, la maison paternelle et les terres qui en dependent. Morceler l'héritage, ce serait rendre la culture impossible. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour d'Agen, il y avait six lots à faire plus un préciput à prélever et il n'y avait à partager, que la maison d'habitation et une terre d'une contenance d'un hectare et trente-six ares; si l'on avait appliqué la règle de l'article 832, chacun des enfants aurait eu dix huit ares (1)! Le sol ainsi morcelé à l'infini finirait par ne plus se prêter à la culture. Il n'y a qu'un moyen de continuer l'exploitation, c'est de faire un héri-

(1) Agen, 1er juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 183).

tier, comme on dit, en donnant les biens immobiliers à l'aîné des fils, au besoin avec un préciput, et aux autres enfants les valeurs mobilières augmentées des soultes mises à la charge de l'héritier des immeubles.

Les jurisconsultes, tous imbus de l'esprit d'égalité, diront que c'est rétablir ou maintenir le droit d'aînesse dans les campagnes. Non, l'apparente inégalité est, en réalité, conforme à la plus stricte équité. Le fils appelé à succéder à son père le remplace dès son vivant, d'abord en consacrant sa jeunesse aux travaux de la culture, puis en les dirigeant quand les forces viennent à manquer à son père. Une partie de sa vie est employée ainsi à améliorer l'héritage qui doit être un jour le sien. N'est-il pas juste que le père tienne compte de ce concours à celui qui l'a aidé de son travail, alors que ses frères et sœurs amassent à leur profit personnel un pécule par leur travail ou leur industrie? Le père y a le plus grand intérêt; c'est par l'espérance du préciput qu'il retient son fils dans la maison paternelle, et il se prépare à lui-même un asile pour ses vieux jours. Les autres enfants y perdent-ils? Loin de là. Etablis ailleurs, souvent loin de leur lieu de naissance, que feraient-ils de quelques ares de terre? Les filles préféreront avoir leur dot en argent, les fils n'ont aucun intérêt à être propriétaires là où ils ne résident pas. Le partage d'attribution satisfait tous les intérêts (1). Reste à savoir s'il est légal.

En l'an VIII, on discuta au conseil d'Etat un projet de loi dont le but était de prévenir le morcellement excessif qui résultait de la loi du 17 nivôse an II. Maleville dit que dans les départements méditerranés, où les hérédités ne se composent que de petites propriétés foncières, chaque succession subdivisera les héritages de manière à ne plus pouvoir composer une ferme; ce qui serait la ruine de la culture et la ruine des familles. Aussi dans ces pays l'usage à peu près général est-il de *faire un héritier*. Réal plaida la cause de l'égalité absolue. Il trouva un contradicteur dans le premier consul. Le légis-

(1) Réquier, p. 4 et suiv.

lateur, dit Napoléon, doit avoir essentiellement en vue les fortunes modiques; elles seraient détruites par la trop grande subdivision du sol, surtout si l'on aliénait ou partageait la maison paternelle qui est le point central de la famille ainsi que de l'exploitation agricole. Bigot-Préameneu abonda en ce sens : « La division égale des biens détruit les petites fortunes. Un petit héritage coupé en parcelles n'existe plus pour personne. Si l'héritage demeure entier, il reste un centre commun à la famille. » Enfin, le tribun Jaubert invoqua l'intérêt du père. « N'est-il pas juste de laisser au père les moyens de retenir auprès de lui un enfant pour consoler sa vieillesse? Celui qui n'a de terrain que ce qu'il peut cultiver lui-même serait menacé d'un abandon absolu, si la loi ne lui permettait d'avantager un enfant (1). »

Les mêmes idées se trouvent en substance dans le discours de Bigot-Préameneu. Il dit que la loi donne au père de famille le droit de distribuer ses biens entre ses enfants afin d'*éviter les démembrements* et de conserver à l'un des enfants l'*asile commun de la famille*. Cela suppose un partage d'attribution. Comment le père évitera-t-il le démembrement s'il est enchaîné par l'article 832, lequel lui commande de démembrer tout ce qui peut être divisé? L'orateur du gouvernement dit que le père pourra répartir les biens d'après les goûts et les convenances de chacun, de manière à les rendre tous heureux. Comment remplira-t-il cette mission, si on lui ordonne de consulter dans la composition des lots, non les prédilections de chaque enfant, mais uniquement la nature et la qualité des biens? L'article 832 conduit fatalement à démembrer les exploitations agricoles, et il finirait par les rendre impossibles. Tandis que le partage d'ascendant a pour but de maintenir les petites propriétés. Donc il y a incompatibilité radicale entre les règles de l'article 832 et le partage d'ascendant. C'est dire que la doctrine et la jurisprudence sont engagées dans une fausse voie (2).

(1) Réquier, p. 10 et suiv.; Barafort, p. 11.
(2) Réquier, p. 283, 284.

N° 2. LA JURISPRUDENCE

63. En constatant la doctrine et la jurisprudence sur la question que nous discutons, les éditeurs de Zachariæ disent que l'opinion que nous venons de soutenir est généralement rejetée. En effet, les auteurs, sauf Zachariæ, se prononçaient tous pour l'application de l'article 832 au partage d'ascendant, et la jurisprudence semblait définitivement arrêtée en ce sens (1). La rigueur même de cette doctrine a provoqué un retour vers une opinion qui paraissait abandonnée; et la jurisprudence elle-même est loin d'être aussi unanime qu'on le dit. Nous avons remarqué plus d'une fois que les cours de Belgique restent plus fidèles au texte du code civil que les cours de France; elles n'aiment pas les théories nouvelles, qui trop souvent sont de nouvelles erreurs. Dans notre question, il n'y a, à notre connaissance qu'un seul arrêt, et il est conforme à l'opinion que nous avons soutenue. La cour de Gand résume dans un excellent arrêt tout ce qu'il y a à dire sur la question si vivement débattue en France. Quel est le but du législateur en permettant aux ascendants de partager leurs biens entre leurs descendants? C'est un moyen de prévenir les contestations qui pourraient s'élever entre les enfants après la mort de leur père. Pour atteindre ce but, la loi a dû nécessairement s'en rapporter aux ascendants, en les autorisant à faire le partage selon leur sagesse. En effet, elle ne met d'autres bornes à leur pouvoir que celles qui résultent de l'article 1079. Cet article ne parle pas des règles qui régissent le partage judiciaire; elles ne sont donc pas applicables. L'article 1076 confirme cette interprétation. Il renvoie aux dispositions concernant les donations et les testaments, tandis qu'il ne renvoie à aucune des dispositions qui régissent le partage *ab intestat;* c'est seulement dans le cas où il reste des biens non partagés par l'ascendant que la loi dit que ces biens seront partagés conformément à la loi, parce que, dans ce cas, les biens sont indivis et

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. VI, p. 221, note 1; Dalloz, n° 4485. Il faut ajouter Demolombe, t. XXIII, p. 299, nos 199-201.

qu'il n'y a plus de raison de s'écarter des règles générales sur le partage; ce qui implique que le partage d'ascendant ayant pour objet des biens qui ne sont pas indivis entre les enfants, n'est pas soumis aux règles du partage *ab intestat* (1).

64. La jurisprudence française est un vrai chaos dans la question qui nous occupe. On ne cite plus que pour mémoire les arrêts de Nîmes, de Grenoble, de Montpellier et de Riom, qui se sont prononcées contre l'opinion générale(2). A vrai dire, il y a toujours eu des protestations directes ou indirectes contre cette opinion. Les décisions des cours de Nîmes et de Riom sont postérieures à la jurisprudence de la cour de cassation; chose très-remarquable, la grande autorité dont jouit cette cour mettant d'ordinaire fin à tout dissentiment. Puis est venue la résistance persistante de la cour d'Agen, inspirée par les fortes convictions de son président, M. Réquier. C'est un fait à signaler. On s'incline trop facilement devant la jurisprudence de la cour suprême; c'est oublier que la jurisprudence ne fait pas loi, et qu'après le législateur, il n'y a d'autre autorité dans le domaine du droit que les principes. La cour d'Agen dit que les règles de l'article 832, très-justes quand on les applique au partage judiciaire, dénatureraient le partage d'ascendant, puisqu'elles mettraient le père dans l'impossibilité de tenir compte des convenances personnelles des enfants. Elle invoque, comme nous l'avons fait, le silence du code, au chapitre des *Partages d'ascendants*, en ce qui concerne les règles du partage; ce qui prouve que le législateur s'en est rapporté à la prudence du père de famille (3).

Il y a des arrêts qui, tout en admettant l'application de l'article 832 en matière de partage d'ascendant, l'écartent de fait en décidant que l'ascendant doit consulter la posi-

(1) Gand, 22 mai 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 120), rendu sur les conclusions du procureur général Ganser.

(2) Grenoble, 14 août 1820 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4486, 1°); Nîmes, 11 février 1823, 25 novembre 1824 (Dalloz, n° 4486, 1° et 2°), et 10 avril 1847 (Dalloz, 1848, 2, 102); Montpellier, 7 février 1850 (Dalloz, 1851, 2, 25); Riom, 10 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 55).

(3) Agen, 12 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 17); 17 mai 1867 (Dalloz, 1867, 1, 290).

tion de chaque héritier et ses convenances(1). C'est maintenir l'article 832 en apparence seulement; cela est très-inconséquent. La cour de cassation elle-même n'est pas à l'abri de ces contradictions.

65. La cour de cassation montre une rigueur extrême à maintenir l'application de l'article 832. Ce serait son devoir si la loi était formelle. Est-il vrai, comme elle le dit, que les articles 1075 et suivants consacrent implicitement le principe d'égalité établi par l'article 832? Nous avons d'avance répondu à la question. De l'aveu même de ceux qui professent l'opinion à laquelle la cour de cassation a donné l'appui de son autorité, l'article 832 n'est pas fondé sur le principe d'égalité; il a pour fondement la propriété des communistes, et cette base fait défaut dans le partage d'ascendant. Par là tombe le seul argument juridique que l'on invoque en faveur de cette opinion. On dit que la règle de l'article 832 est de l'essence de tout partage; or, les articles 1075 et suivants prouvent que la loi a entendu soumettre le partage d'ascendant aux règles du partage, puisqu'elle veut que tous les enfants y soient compris et qu'en cas de lésion de plus du quart, le partage soit rescindé; on en conclut que le partage d'ascendant est aussi soumis à l'article 832. Voici donc en quoi diffèrent les deux interprétations contraires. Nous disons : La loi ne soumet pas expressément le partage d'ascendant à l'article 832, donc cet article n'est pas applicable. C'est mal raisonner, répond-on; l'article 832 reste applicable, par cela seul que le code n'y déroge pas au chapitre VIII (2). Il nous faut voir qui raisonne mal. L'argumentation de la cour de cassation serait très-juridique, si l'article 832 était une de ces règles générales qui doivent être appliquées dans tous les cas où la loi n'y déroge point. Loin de là, l'article 832 ne concerne que les partages judiciaires, partage qui ne permet pas les lots d'at-

(1) Cologne, 28 avril 1852 (Dalloz, 1853, 2, 223).

(2) Cassation, 16 août 1846 (Dalloz, n° 4492, 1°); 21 mai 1847 (Dalloz, 1847, 1, 167); 18 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 1, 17). Rejet, de la chambre civile, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 81). Cassation, 18 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 20); 24 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 289); et 23 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 333).

tribution; dans les partages où les lots d'attribution sont possibles, l'article 832 n'a plus de raison d'être : il ne reçoit pas d'application dans les partages conventionnels et il ne peut s'appliquer aux partages d'ascendants, puisque ces partages sont essentiellement des partages d'attribution. Conçoit-on que le législateur donne à l'ascendant le pouvoir de faire des partages d'attribution et qu'il soumette ces partages à une règle qui défend les lots d'attribution? Le législateur s'est bien gardé de commettre cette contradiction ; la faute en est à la jurisprudence.

66. Quand on lit la longue série d'arrêts qui cassent et annulent les décisions des cours d'appel, on doit croire que la jurisprudence de la cour suprême repose sur le fondement inébranlable des textes. Cependant elle est remplie d'inconséquences. Il y en a une qui est palpable. L'argumentation de la cour consiste à dire que le partage d'ascendant est soumis aux règles qui régissent le partage, par cela seul que la loi n'y fait aucune exception au chapitre VIII. De là il faudrait conclure, pour être logique, que toutes les règles du partage *ab intestat* sont applicables au partage d'ascendant. Est-ce là le système de la cour? Du tout; elle applique les articles 826 et 832, elle n'applique pas l'article 827, qui s'y lie. D'après cet article, il doit être procédé à la licitation des immeubles qui ne peuvent pas se partager commodément; la cour permet à l'ascendant de mettre l'immeuble impartageable au lot de l'un de ses enfants sans recourir à la licitation. De quel droit la cour fait-elle un choix entre les règles qui régissent le partage, appliquant les unes et n'appliquant pas les autres? Ce serait au législateur à faire ce choix; si la cour s'est vue obligée de choisir, cela ne prouverait-il pas que le législateur n'a pas parlé, n'a rien décidé, ce qui revient à dire qu'aucune règle du partage ordinaire n'est applicable au partage d'ascendant? Ou toutes sont applicables, ce que personne ne soutient, tellement cela serait absurde, ou aucune ne l'est (1).

Là ne s'arrête pas l'inconséquence de la cour de cas-

(1) Réquier, p. 293, nº 151.

sation. Quand elle casse, ses arrêts sont d'une rigueur extrême. Quand elle rejette le pourvoi, elle se rapproche parfois de l'opinion contraire. On lit dans un arrêt de rejet : « Si, dans le partage d'ascendant, le père doit respecter les règles qui tiennent *essentiellement* à la nature des partages, il n'est nullement astreint de se soumettre indistinctement à toutes celles qui régissent les partages ordinaires, car la loi lui enlèverait d'une part ce qu'elle lui accorde de l'autre. » Cette maxime suffit pour détruire tout l'édifice de la jurisprudence ; en effet, elle permet à l'ascendant de faire des partages d'attribution, tandis que si l'on appliquait rigoureusement l'article 832, l'ascendant ne pourrait pas en faire, puisqu'il devrait diviser tout ce qui est susceptible de division, ce qui rend le partage d'attribution impossible. Le même arrêt fait encore un pas de plus vers l'opinion que la cour de cassation condamne en principe. Tout en maintenant comme essentielle dans tout partage la règle de l'article 832, la cour ajoute une explication qui la compromet singulièrement : « Il est toujours au pouvoir du père, dit-elle, en ne réduisant aucun de ses enfants à une condition moins avantageuse que celle des autres, de *combiner* et *modifier* cette distribution de manière à satisfaire le mieux possible à leurs *intérêts, convenances* et *situations respectives*, et assurer par là la *stabilité* et la paix de la famille (1). » Ceux qui combattent la jurisprudence de la cour de cassation ne tiennent pas un autre langage. Nous ne nous chargeons pas de concilier le principe avec l'interprétation que la chambre des requêtes lui donne ; la contradiction est palpable.

67. Si la cour de cassation se relâche de sa rigueur, c'est qu'elle subit malgré elle l'influence des faits ; elle n'a qu'un tort, c'est de ne pas reconnaître qu'en cette matière l'influence des faits est décisive, en vertu de la loi même qui confie au père de famille un ministère d'équité dont il doit user diversement d'après la diversité des circon-

(1) Rejet, 26 mars 1845, sur le rapport de Lasagni (Dalloz, 1845, 1, 374). Comparez Rejet, 8 janvier 1872 (Dalloz, 1872, 1, 94), et 8 avril 1873, chambre civile (Dalloz, 1873, 1, 196).

stances. Les cours d'appel se décident d'ordinaire d'après la faveur de la cause, dans les nombreux procès auxquels donnent lieu les partages d'ascendant. Elles se montrent rigoureuses dans les cas rares où l'ascendant a abusé de son pouvoir pour satisfaire ses prédilections et ses antipathies. C'est ainsi que la cour de Lyon a appliqué l'article 832 à un partage qui, outre son irrégularité, était attaqué pour cause de simulation, de fraude et de dol (1).

Les cours d'appel ont presque toutes plié sous l'autorité de la cour de cassation. Elles admettent, en théorie du moins, l'application de l'article 832 au partage d'ascendant; mais on sait que les juges du fait trouvent mille moyens de se soustraire à la censure de la cour suprême tout en se mettant en opposition avec elle. Ces accommodements avec les principes ne sont pas de notre goût; il importe néanmoins de les constater; c'est, nous l'espérons, un premier pas vers une interprétation plus juridique et plus équitable du code civil.

La cour de Caen commence par reconnaître que les ascendants sont tenus, dans la distribution anticipée qu'ils font de leurs biens, de se conformer à l'article 832 qui veut que les copartageants reçoivent une part égale dans les meubles et dans les immeubles. Il existe cependant une exception, dit la cour, dans le cas où les immeubles ne peuvent être morcelés sans dommage. L'arrêt ne dit pas en quoi consiste cette exception. Aux termes de l'article 827, l'immeuble devrait être licité. Ce n'est pas en ce sens que la cour admet ou interprète l'exception : les tribunaux, dit-elle, doivent maintenir la distribution du père de famille lorsqu'il est reconnu que le partage en nature aurait des inconvénients pour les enfants et que l'ascendant a voulu les éviter, et non violer, par pur caprice et sans motif raisonnable, l'égalité consacrée par la loi. C'est dire que l'ascendant a le pouvoir de partager *ex bono et æquo*. Par application de ce principe, qui n'est certes pas celui de l'article 832, la cour a validé un par-

(1) Lyon, 30 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57).

tage tel que le préconisent les adversaires de l'article 832. Les ascendants avaient donné leurs immeubles au fils, et aux filles une somme d'argent. C'était une violation flagrante de l'article 832. Mais les père et mère avaient considéré que l'on ne pouvait morceler cinq ou six petites pièces de terre qui composaient toute leur fortune sans rendre l'exploitation impossible; et en donnant aux filles leur part en argent, ils avaient agi dans leur intérêt, car habitant loin de la commune où ces terres étaient situées, elles n'auraient pu en surveiller la culture; tandis que si elles tenaient à acquérir des immeubles, elles pouvaient en acheter dans la commune qu'elles habitaient. Toutefois les filles réclamèrent; la cour jugea sagement en n'écoutant pas leurs réclamations (1).

Un arrêt de la cour de Riom s'écarte ouvertement de l'article 832; cependant la sagesse n'en saurait être contestée et, à notre avis, il est très-juridique. La cour avoue que les articles 826 et 832 posent des règles fondamentales; mais ces règles n'obligent pas si étroitement le père de famille, même alors que les immeubles seraient commodément divisibles, qu'il ne puisse distribuer les biens de la manière la plus utile aux intérêts respectifs de chacun des enfants, s'il n'en résulte d'ailleurs aucune inégalité entre eux. Dans l'espèce, l'ascendant avait donné des lots en argent à ceux de ses enfants qui s'étaient établis loin de la maison paternelle, et il avait réservé les immeubles à ceux qui, habitant la commune, pouvaient les cultiver et y attachaient un prix d'affection. C'était certes se conformer aux convenances particulières de chacun des enfants, comme le veut l'esprit de la loi. Cela n'empêcha pas les filles de réclamer contre un partage qui ne leur donnait pas une part en immeubles; mais déjà dotées, elles ne pouvaient recevoir qu'un supplément de part; et qu'auraient-elles fait des parcelles de terre qui sont d'une vente et d'une location également diffi-

(1) Caen, 15 juin 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4488, 1°). Comparez Agen, 10 mai 1838 (Dalloz, *ibid.*, n° 4488, 2°); Limoges, 3 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 176); Chambéry, 12 février 1873 (Dalloz, 1873, 2, 159).

ciles (1)? Nous dirons plus loin quelles sont les mauvaises passions qui inspirent ces actions en nullité; il faut applaudir aux cours qui n'y font pas droit, alors qu'elles peuvent invoquer l'esprit de la loi qui établit les partages d'ascendant.

Les cours cherchent à concilier le pouvoir modérateur qu'elles reconnaissent au père avec le texte restrictif de l'article 832. Ici elles entreprennent une tâche impossible. Rien de plus vrai, en théorie, que ce qu'on lit dans un arrêt de la cour de Nîmes : « Si l'on assujettit l'ascendant à observer littéralement l'article 832, il se trouvera souvent dans l'impossibilité de faire un partage qui réponde aux besoins et même aux désirs de ses enfants. Dans un partage *ab intestat,* les enfants pourraient faire des lots d'attribution; pourquoi n'accorderait-on pas la même faculté au père qui prend la place de ses enfants? S'il a consulté les besoins véritables de ses enfants, s'il a distribué les biens dans leur intérêt bien entendu, ne serait-il pas déplorable que le caprice ou le mauvais vouloir de l'un d'eux compromît un acte de sollicitude et de prévoyance paternelles? Il faut réserver les rigueurs de la loi pour le père qui, mû par une prédilection aveugle, dépouille l'un de ses enfants au profit des autres (2) ».

Rien de mieux, mais comment concilier cette latitude avec les dispositions évidemment restrictives de l'article 832? La cour de Grenoble l'a essayé, nous doutons qu'elle ait réussi. Elle dit que l'article 832 ne contient pas une disposition absolue; il commence par dire que l'on doit éviter, autant que possible, en formant les lots, de morceler les héritages et de diviser les exploitations; puis il ajoute qu'*il convient* de faire entrer dans chaque lot, *s'il se peut,* la même quantité de meubles et d'immeubles. Avec l'article 832 il faut combiner l'article 827 qui porte que l'on doit liciter les immeubles lorsqu'ils *ne peuvent pas se partager commodément*. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par cette commodité de division. D'après

(1) Riom, 10 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 255).
(2) Nîmes, 20 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 107). Poitiers, 20 février 1861 (Dalloz, 1861, 2, 94).

la cour, cela ne doit pas s'entendre de la division matérielle des immeubles qui est presque toujours facile ; ce que la loi veut, c'est que l'on forme des lots qui n'aient pas pour résultat de déprécier la masse héréditaire et de détruire la valeur qui peut résulter, soit de la contiguïté des terres, soit de leur réunion en corps de domaine, sans que cette perte soit compensée par aucun avantage particulier ou par la convenance d'aucun copartageant. Cette interprétation extensive de la loi est peu en harmonie avec l'esprit restrictif de l'article 832. La cour va plus loin ; elle dit que dans les partages amiables et même dans les partages judiciaires, il est fréquemment dérogé à la règle de la distribution égale des diverses natures de biens, alors même que l'application en est possible, parce que très-souvent l'intérêt des héritiers résiste à ce mode de partage (1). Que cela se fasse dans les partages conventionnels, cela est évident, puisque les copartageants ne sont pas liés par la règle de l'article 832 ; mais si l'on permet à la justice ou à l'ascendant d'y déroger quand l'intérêt des héritiers l'exige, alors il ne reste rien de la règle qu'un conseil. Nous croyons inutile d'insister, car cette interprétation n'a pas trouvé faveur.

68. Si l'on admet que l'ascendant n'est pas lié par la règle restrictive de l'article 832, en faut-il conclure qu'il jouit d'un pouvoir illimité ? M. Réquier, d'accord en cela avec la jurisprudence, admet que le père doit, en règle générale, attribuer à chacun des enfants une part en nature des biens qui composent son hérédité. Il fonde cette restriction sur le texte même de l'article 1075. La loi autorise le père à faire la *distribution* et le *partage* de ses *biens* ; or, il n'y a distribution et partage qu'autant que les biens sont répartis en nature entre ceux qui doivent les recueillir. M. Réquier en conclut que le père ne peut pas, en principe, donner tous ses biens à un seul de ses enfants, en le chargeant de payer aux autres une somme équivalente à la part qui devait leur revenir ; ce ne serait pas là un partage, dit-il, ce serait une donation univer-

(1) Grenoble, 27 novembre 1851 (Dalloz, 1854, 2, 176).

selle grevée de certaines charges. Les enfants qui n'auront reçu aucune portion du patrimoine de leur père pourront, à l'ouverture de la succession, en demander le partage. Le donataire universel devra le rapport des biens qu'il a reçus; les biens rentreront ainsi dans la masse pour être partagés conformément à la loi (1).

N'est-ce pas une concession faite à la jurisprudence? On lit dans un arrêt de la cour de Lyon que la réserve des enfants doit être prise *ex substantiâ patris*; de là l'arrêt conclut que le père n'a pu donner à l'un de ses enfants tous ses biens, en le chargeant de soultes au profit des autres enfants; car ces soultes ne se trouvent pas dans le patrimoine du père (2). C'est bien là la pensée de l'article 832, mais par cela même il est très-dangereux d'admettre comme règle générale que le père ne peut attribuer à l'un de ses enfants tous ses biens; ce que la cour de Lyon dit n'est pas exact en théorie; les soultes sortent du patrimoine du père, puisqu'elles diminuent le lot de celui qui les doit, donc elles sont prises sur son lot, par conséquent sur les biens du père. Il suit de là qu'un pareil partage n'est pas contraire à l'article 1075, puisque le père distribue réellement ses biens entre ses enfants. Que si l'on admet que le partage est contraire à l'article 1075, nous ne voyons pas comment on légitimera l'exception que M. Réquier admet dans le cas où les immeubles ne pourraient se partager sans inconvénient. Logiquement il devrait dire que le père ne pourrait pas, en ce cas, faire le partage de ses biens entre ses enfants, à moins de procéder à la licitation, ce qui nous ramènerait aux règles qui régissent le partage *ab intestat*.

Nous n'admettons qu'une restriction qui résulte de la nature même du partage : ce sont les biens du père qui doivent être partagés, et le partage doit porter sur ces biens, c'est-à-dire sur la toute propriété des biens. Il a été jugé que les père et mère peuvent confondre leurs biens en une seule masse et les partager de manière que

(1) Réquier, p. 273, n[os] 141 et 142.
(2) Lyon, 20 janvier 1837 (Dalloz, n° 4487).

l'un des enfants n'ait que les biens du père et que l'autre n'ait que les biens de la mère (1). Cela n'est pas un partage, car les enfants n'ont pas une part dans les biens venant de leurs père et mère; ceux-ci font une disposition, une donation de leurs biens, plutôt qu'un partage : l'un des enfants n'a rien des biens de son père, l'autre n'a rien des biens de sa mère; ils sont donc donataires au lieu d'être copartageants.

L'ascendant peut-il donner à l'un de ses enfants un simple usufruit et à l'autre la propriété? Il a été jugé avec raison que cela n'est pas un partage (2). En effet, le partage implique une indivision, donc une copropriété, aussi l'effet du partage est-il que chaque copartageant est censé avoir toujours été propriétaire des objets mis dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Le partage porte donc sur la propriété; ce sont les biens tels que le défunt les possède, en toute propriété, qui passent à ses héritiers. Cela est de l'essence de toute espèce de succession, *ab intestat*, testamentaire et contractuelle; car toute succession est un mode de transmettre et d'acquérir la propriété (art. 711). Partager sa succession en mettant l'usufruit dans le lot de l'un des enfants et la propriété dans le lot de l'autre, c'est donner ou léguer l'usufruit et la nue propriété, ce n'est pas partager.

69. Il faut maintenant nous placer sur le terrain de l'opinion générale et demander quel sera l'effet du partage dans lequel la règle de l'article 832 n'aura pas été observée? Ici nous rencontrons de nouvelles incertitudes et des controverses nouvelles. On s'accorde à décider que la règle de l'article 832 n'a rien d'absolu; le texte même contient des expressions qui semblent donner au juge une certaine latitude : *il convient, s'il se peut*. Mais jusqu'où va cette latitude? Les faits exercent une inévitable influence en cette matière; on chercherait vainement dans les arrêts un principe qui décide ce que l'ascendant peut et ce qu'il ne peut pas faire. La doctrine est également

(1) Liége, 8 mars 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 75).
(2) Rejet, 25 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 113).

vague et incertaine. On lit dans un de nos meilleurs auteurs que l'ascendant est dispensé d'observer la règle de l'article 832 lorsque son application présenterait des inconvénients. Qui ne voit que l'exception détruit la règle? L'ascendant et, après lui, le juge peuvent toujours voir un inconvénient ou l'autre à appliquer une règle qui empêche le père de famille de consulter les convenances, les intérêts et les prédilections de ses enfants. Aussi la doctrine va-t-elle jusqu'à admettre que le père peut attribuer à quelques-uns des enfants la totalité des biens, en lotissant les autres au moyen de soultes ou retours en argent (1).

Quand donc le partage sera-t-il irrégulier et, par suite, nul? On répond qu'il sera nul s'il n'y a pas de circonstances de nature à dispenser l'ascendant du mode de répartition que l'article 832 établit. L'appréciation de ces circonstances est abandonnée au juge; c'est essentiellement une question de fait. Mais là se borne son pouvoir. Si, en l'absence de circonstances qui légitiment une dérogation à l'article 832, l'ascendant n'a pas composé les lots d'une pareille quantité de meubles et d'immeubles de même nature, la nullité pourra être demandée par l'enfant qui a à se plaindre de cette irrégularité. C'est une action en nullité, ce n'est pas une action en rescision pour cause de lésion; elle se fonde sur la violation de la loi, il suffit donc que le demandeur prouve que la loi n'a pas été observée. De sorte que la nullité devrait être prononcée quand même il serait établi que le partage, quoique irrégulier, ne cause aucun préjudice au demandeur. Le partage est vicié par cela seul qu'il y a inégalité dans la nature des biens qui composent les divers lots. Celui qui a des meubles peut demander la nullité si les immeubles ont été mis dans un autre lot, quoique le lot mobilier soit aussi avantageux que le lot immobilier (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 221 et note 2, § 730, et les autorités qui y sont citées.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. VI, p. 222 et suiv., et notes 4-6.

Si tel est le sens de la loi, il faut avouer qu'elle est singulièrement absurde, et l'on devrait se hâter de la modifier. La distinction traditionnelle des meubles et des immeubles n'a plus de raison d'être dans notre société moderne. Qui dit encore aujourd'hui ce que l'on disait au XVIe siècle : *Vilis mobilium possessio?* Les valeurs mobilières sont plus recherchées que les immeubles, parce qu'elles sont un élément de richesse, tandis que la culture des immeubles exige un travail incessant et produit à peine un revenu suffisant pour vivre là où la propriété est morcelée. De quoi se plaint donc l'enfant qui a des valeurs mobilières dans son lot? S'il veut des immeubles, il trouvera à en acheter. Il n'éprouve aucun préjudice, et on lui permet néanmoins de demander la nullité du partage!

70. L'action en nullité qui résulte de l'inobservation de l'article 832 donne lieu à de nouvelles difficultés. Quand s'ouvre-t-elle? La question ne se présente que pour le partage entre-vifs. On admet qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort de l'ascendant, parce que, dit-on, l'ascendant a eu le droit de disposer de ses biens entre-vifs comme il l'entendait; c'est une libéralité qu'il a faite à ses enfants, et ceux-ci n'ont pas le droit de se plaindre de l'usage qu'il a fait de son droit de propriété (1). Cette argumentation ne nous satisfait guère; elle ne tient aucun compte du partage; l'ascendant n'a pas voulu faire une donation de ses biens, il a voulu les partager entre ses enfants ; si le partage qu'il a fait est nul, pourquoi les enfants ne pourraient-ils pas demander la nullité du vivant de leur père? Reste à savoir si le consentement des enfants ne les rend pas non recevables à agir; nous reviendrons à l'instant sur ce point. S'ils ont une action, elle doit être intentée dans les dix ans, conformément à l'article 1304, lorsque le partage a été fait par donation. Le partage testamentaire reste sous l'empire de la règle générale de l'article 2262, l'exception de l'article 1304 ne s'appliquant qu'aux conventions.

(1) Aubry et Rau, et les autorités qu'ils citent, t. VI, p. 223, note 7.

Du principe que l'action est une action en nullité, suit que le défendeur n'en peut arrêter le cours en offrant au demandeur un supplément de sa part héréditaire. Cette faculté, que l'article 891 accorde en cas de rescision pour cause de lésion, ne reçoit pas d'application à une action qui, loin d'être fondée sur la lésion, est admissible alors qu'il n'y aurait pas de lésion. Par la même raison le juge ne peut pas se borner à allouer au demandeur une réparation quelconque du préjudice qu'il souffre; car, encore une fois, son action n'est pas fondée sur un préjudice, ou, si l'on veut, il y a préjudice par cela seul que les lots ne sont pas composés comme le prescrit l'article 832; il n'y a qu'une manière de réparer ce préjudice, c'est de former de nouveaux lots, c'est-à-dire d'annuler le partage (1).

La nullité se couvre par la confirmation. D'après la doctrine consacrée par la jurisprudence, le partage n'existe qu'après le décès de l'ascendant; l'action en nullité ne prend naissance qu'à ce moment (2). Or, la confirmation n'est autre chose que la renonciation au droit que les copartageants ont d'agir en nullité. Donc il ne peut y avoir de confirmation du vivant de l'ascendant (3). Après sa mort, le partage peut être attaqué, donc aussi confirmé. La confirmation est régie par le droit commun. Il a été jugé qu'il y a confirmation quand le copartageant reçoit la somme que le partage lui alloue pour sa part héréditaire et qu'il en donne quittance à son copartageant sans faire aucune réserve (4).

Ne faut-il pas aller plus loin et dire que l'action n'est pas recevable lorsque le partage se fait par donation? Les enfants l'acceptent, ils l'approuvent donc, car ils sont libres de le refuser; et s'ils l'approuvent, peuvent-ils revenir sur leur fait et attaquer ce qu'ils ont approuvé? Nous avons dit que la doctrine est divisée sur cette question

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 222, note 4.
(2) Lyon, 30 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57).
(3) Cassation, 6 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 89). Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).
(4) Cassation, 29 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 345). Bordeaux, 23 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 223) et 21 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 113).

(n° 61); la jurisprudence l'est également. Il y a des arrêts qui rejettent la demande en nullité, en se fondant sur le consentement que le demandeur et toute la famille ont donné au partage (1). D'autres arrêts disent que l'on ne peut pas tenir compte du consentement des enfants, parce qu'ils ne sont pas libres de s'opposer à la volonté de leur père; leur acceptation est arrachée par la crainte, dit-on (2). La cour de Caen répond très-bien à ces mauvaises raisons. Il y a des principes qui régissent le consentement et les causes qui le vicient. La violence est une de ces causes; si elle présente les caractères exigés par la loi (art. 1110), tout est décidé; mais la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant ne suffit point pour annuler le contrat (3). La cour de cassation donne encore une autre raison; on ne peut pas, dit-elle, opposer aux enfants leur concours et leur acceptation expresse, parce que les règles de l'article 832 sont de l'essence du partage (4). Cela veut-il dire que ces règles sont d'ordre public et qu'il n'est pas permis aux parties d'y déroger? Elles sont si peu d'ordre public et de l'essence du partage, que l'article 832 ne reçoit d'application qu'au partage judiciaire; on y déroge tous les jours dans les partages conventionnels; pour mieux dire, la règle n'est pas faite pour ces partages. Si la règle était de l'essence du partage, le vice ne pourrait jamais se couvrir; cependant on admet qu'il se couvre par la confirmation.

Les éditeurs de Zachariæ ont changé d'opinion sur cette question; après avoir enseigné que le concours des enfants valide le partage, ils sont revenus à l'opinion contraire. Ce qui les a décidés ce n'est pas que le consentement des enfants soit arraché par une espèce de violence: les donataires, disent-ils, se lient bien par leur acceptation à l'égard du donateur, mais ils ne se lient pas à l'égard des autres donataires, et ne renoncent, par con-

(1) Nîmes, 11 février 1823 (Dalloz, n° 4486, 1°), et 10 avril 1847 (Dalloz, 1848, 2, 102).
(2) Rejet, 18 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 410). Caen, 15 juin 1835 (Dalloz, n° 4488, 1°).
(3) Caen, 27 mai 1843 (Dalloz, n° 4636, 2°).
(4) Cassation, 11 mai 1847 (Dalloz, 1847, 1, 167).

séquent, pas au droit qu'ils ont d'attaquer le partage (1). La distinction nous paraît bien subtile, pour ne pas dire fausse. Est-ce que l'acte auquel les enfants concourent est une simple donation? et chaque enfant n'y figure-t-il que comme acceptant la portion de biens que l'ascendant a mise dans son lot? Non, c'est un partage, un pacte de famille qu'ils sont appelés à accepter ou à refuser; donc ils approuvent non-seulement leur lot, mais tous les lots.

SECTION II. — Effet du partage.

ARTICLE 1. Du partage considéré comme acte translatif de propriété.

§ Ier. *Du partage fait par donation.*

71. Aux termes de l'article 1076, le partage fait par acte entre-vifs est soumis aux règles proscrites pour les donations. La loi ne dit pas que le partage-donation a les *effets* d'une donation entre-vifs en ce qui concerne la translation de la propriété; mais en disant que le partage entre-vifs est soumis aux *règles* des donations, la loi dit implicitement que ce partage est une donation. Cela résulte d'ailleurs de la nature même de l'acte : le père ne doit rien à ses enfants, il leur fait donc une libéralité en leur distribuant ses biens; or, toute libéralité entre-vifs est une donation, et toute donation est translative de propriété. Il faut donc appliquer au partage entre-vifs ce que l'article 894 dit de la donation : l'ascendant se dépouille actuellement et irrévocablement des biens qu'il distribue entre ses descendants. Les enfants acquièrent la propriété des biens compris dans le partage du moment que la donation est parfaite; mais pour être propriétaires à l'égard des tiers, ils doivent transcrire l'acte en ce qui concerne les immeubles. Nous reviendrons sur ce point au titre des *Hypothèques*.

72. L'application du principe ne souffre guère de difficulté pour ce qui concerne les rapports des parties con-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 222, note 3, § 730.

tractantes avec les tiers. Il est certain qu'à l'égard des tiers le partage est une donation, c'est-à-dire un acte translatif de propriété. Donc, à leur égard, les biens partagés sortent du patrimoine du donateur à partir de la perfection du contrat s'il s'agit de meubles, et à partir de la transcription s'il s'agit d'immeubles. Les créanciers de l'ascendant ne peuvent plus saisir les biens partagés, tandis que les créanciers des enfants ont sur les biens donnés les mêmes droits que sur les autres biens qui sont dans le domaine de leur débiteur. Tant que la transcription n'est pas faite, les créanciers de l'ascendant peuvent saisir les biens immeubles; après la transcription, ils n'ont plus que l'action paulienne si la donation-partage a été faite en fraude de leurs droits (1).

73. Si, parmi les biens partagés, il y en avait qui ne fussent pas la propriété de l'ascendant, l'enfant dans le lot duquel ils seraient mis pourrait-il les prescrire par l'usucapion? La décision dépend du point de savoir si les enfants sont successeurs universels ou à titre particulier; comme successeurs universels, ils ne pourraient pas commencer une prescription nouvelle, tandis qu'ils peuvent commencer à prescrire en vertu d'un titre particulier. Il y a un motif de douter; les enfants sont tout ensemble donataires et copartageants; ce dernier titre suppose la qualité de successeur universel, tandis que la donation est un titre particulier. Lequel des deux éléments du partage prévaut à l'égard des tiers? La donation forme incontestablement un juste titre, puisque les enfants seraient devenus propriétaires si l'ascendant l'avait été. Cela décide la question (2).

La jurisprudence est divisée. Il a été jugé par la cour d'Orléans que les donations contenant distribution de biens sont essentiellement des partages; le code les qualifie ainsi, il leur applique toutes les règles qui régissent le partage. La cour en conclut qu'on ne peut les consi-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 460, nº 243 *bis* VI, et tous les auteurs.

(2) Genty, p. 269; Demolombe, t. XXIII, p. 138, nº 136; Réquier, p. 136, nº 90.

dérer comme des actes de pure libéralité, que c'est plutôt la distribution anticipée de la succession du père de famille; les enfants reçoivent par avance des biens qui devaient leur revenir par l'ordre de la nature et de la loi. Donc le fils continue la possession du père, non comme donataire, mais comme successeur universel (1). La cour de Bourges a rendu dans la même affaire un arrêt en sens inverse. Peut-il y avoir un successeur universel en vertu d'un acte qui est essentiellement un titre particulier? Or, telle est la donation de biens présents que le père fait à ses enfants; elle porte sur des biens déterminés et non sur une universalité (2). Cela est décisif. Ce qui a trompé la cour d'Orléans, c'est que le partage d'ascendant a un caractère mixte; c'est un acte translatif de propriété, c'est aussi une distribution de biens; on doit appliquer tantôt les principes qui régissent les donations, tantôt les principes qui régissent le partage. La difficulté est de distinguer les cas où il faut considérer l'acte comme partage et ceux où il constitue une donation. Dans l'espèce, la question n'est guère douteuse; une donation de biens présents ne forme jamais un titre universel.

74. Entre l'ascendant et les enfants l'acte est une libéralité, donc une donation. Elle transmet les biens aux donataires comme toute donation; la transmission est actuelle et irrévocable. Toutefois, de même que la donation, le partage entre-vifs peut être révoqué pour inexécution des charges, pour ingratitude et pour survenance d'enfants. La survenance d'enfant ne révoque pas le partage en vertu de l'article 960, puisque l'ascendant qui partage ses biens a nécessairement des enfants; mais l'enfant qui survient n'étant pas compris dans le partage, il y a lieu d'appliquer l'article 1078 et de déclarer le partage nul. Que le père puisse révoquer le partage pour un des faits d'ingratitude légale prévus par l'article 955, cela n'est point douteux : le droit est d'accord ici avec la morale pour punir l'enfant ingrat qui refuse des aliments

(1) Orléans, 12 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 2, 151).
(2) Bourges, 25 janvier 1856 (Dalloz, 1859, 1, 305).

à l'auteur de ses jours, après que celui-ci s'est dépouillé en sa faveur de tous ses biens, et à plus forte raison à celui qui ose porter une main criminelle sur son père, ou qui se rend coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves. L'inexécution des conditions donne lieu à l'action résolutoire dans les contrats à titre onéreux; la loi l'admet sous le nom de révocation dans les donations entre-vifs. Mais il est de doctrine et de jurisprudence que le partage n'est pas soumis à l'action résolutoire. Il faut donc distinguer le cas où l'acte est un partage du cas où l'acte est une donation. Nous dirons plus loin qu'entre les enfants la donation que l'ascendant fait de ses biens est un partage. Dans les rapports de l'ascendant et de ses enfants, l'acte est une donation; l'ascendant ne leur donne ses biens que sous certaines conditions, telles que le payement d'une rente viagère, ou d'une pension alimentaire; si les enfants ne remplissent pas ces conditions, il est juste que l'ascendant ait le droit de demander la résolution du contrat. La doctrine (1) et la jurisprudence sont en ce sens.

La cour de Limoges distingue très-bien les différents éléments qui se rencontrent dans le partage d'ascendant; c'est un partage, mais seulement entre les enfants; de la part du père, il y a libéralité entre-vifs, donc donation, et, par suite, l'article 953 reçoit son application. Dans l'espèce, le père avait stipulé une rente viagère; l'enfant à qui il donnait ses biens devait de plus acquitter les dettes du donateur et payer des soultes aux autres enfants; il ne remplit pas les engagements qu'il avait contractés : c'était le cas de prononcer la résolution du partage (2).

Les père et mère font le partage de leurs biens par acte entre-vifs, sans distinguer les biens paternels et les biens maternels, sous la condition d'une pension réversible au survivant pour plus de moitié; l'enfant ne paye pas la pension; le survivant peut-il demander la révoca-

(1) Genty, p. 228 et suiv. Aubry et Rau, t. VI, p. 216 et suiv.
(2) Limoges, 21 juin 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4578).

tion de la donation pour le tout? La cour de Bordeaux a jugé l'affirmative sans autre motif que celui de la confusion des biens (1). Cette décision nous paraît très-douteuse. La révocation est une résolution, et l'effet de la résolution est de remettre les choses au même état que si le partage n'avait pas existé. Or, le survivant n'a donné que les biens qui lui appartenaient, il ne peut donc demander qu'une chose, c'est d'être remis en possession de ses biens; en ce sens, il sera replacé dans l'état où il était avant d'avoir contracté. De quel droit demanderait-il la résolution du chef des biens donnés par l'époux prédécédé? Ces biens ne lui appartiennent pas, et il n'est pas l'ayant cause du donateur.

75. Les enfants sont-ils tenus des dettes? La question est controversée. A notre avis, elle n'est pas douteuse. Nous avons examiné ailleurs la question de principe (2). Les donataires de biens présents ne sont que des successeurs à titre particulier, alors même que la donation porterait que le donateur donne l'universalité de ses biens ou une quotité de cette universalité. Or, les successeurs à titre particulier ne sont jamais tenus des dettes. Pour qu'il en fût autrement des enfants auxquels le père distribue ses biens, il faudrait que le partage rendît leur titre universel. On le prétend; c'est confondre l'élément du partage avec l'élément translatif de propriété qui sont mêlés dans le partage d'ascendant. Entre les enfants, il y a partage; entre l'ascendant et les enfants, il y a donation. Cette donation prendrait-elle un caractère d'universalité parce qu'elle constitue un partage entre les enfants? Le père ne peut donner entre-vifs que ses biens présents, l'article 1076 le dit; donc la donation comprend nécessairement des biens déterminés. C'est dire que le partage entre-vifs ne saurait être un titre universel. Les enfants étant des donataires particuliers sont par cela même des successeurs à titre particulier, et, comme tels, ils ne peuvent être tenus des dettes.

(1) Bordeaux, 5 juin 1850 (Dalloz, 1852, 2, 132).
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 436 et suiv., n°s 355-362.

Telle est l'opinion générale des auteurs (1). Le dissentiment commence quand il s'agit d'appliquer le principe. Aux termes de l'article 945, le donateur peut être chargé d'acquitter les dettes qui existaient à l'époque de la donation, ou qui sont exprimées dans l'acte. Cette charge peut-elle être convenue tacitement? En principe, il est difficile de le nier, puisque les engagements peuvent être tacites. Mais un consentement tacite n'est pas un consentement présumé. Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Donations* (2). On prétend que le partage d'ascendant implique la charge de payer les dettes du donateur. Réquier, qui soutient vivement cette opinion, invoque le principe : *Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno.* Si l'ascendant a 100,000 francs de biens et 10,000 francs de dettes, il n'a réellement que 90,000 francs, et il ne peut donner que ce qu'il a, à moins qu'on ne suppose qu'il veuille frauder ses créanciers. De son côté, le donataire ne peut avoir l'intention de prendre les biens sans la charge des dettes; car avec quoi l'ascendant payera-t-il ses dettes s'il ne lui reste rien? L'équité est d'accord avec le droit; les enfants recueillant tous les biens de leur père, il est juste qu'ils soient tenus des dettes, comme ils en sont tenus quand ils viennent à la succession de leur père. Le partage entre-vifs est une succession anticipée; de ce que les enfants jouissent plus tôt des biens paternels, conclura-t-on qu'ils ont des obligations moins étendues? Héritiers du vivant de leur père, ils doivent être tenus des charges qui incombent à tout héritier (3).

L'équité est évidente, mais l'équité n'engendre pas d'obligations. Il n'est pas exact de dire que les enfants soient des héritiers; à l'égard des tiers et à l'égard de l'ascendant, ils sont des donataires; donc des successeurs à titre particulier; ils ne peuvent donc être tenus des dettes qu'en vertu d'une stipulation. Les créanciers n'ont aucune action contre eux, parce qu'ils ne sont pas successeurs

(1) Genty, p. 235-237; Aubry et Rau, t. VI, p. 230, note 6; Demolombe, t. XXIII, p. 130, n° 128.
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 486, n° 402.
(3) Réquier, p. 173 et suiv.; Troplong, t. II, p. 310, n° 2310.

universels. Tout ce que l'on pourrait concéder, c'est qu'en vertu d'une convention tacite les enfants sont tenus de supporter les dettes à l'égard de leur père.

76. La jurisprudence est divisée et, il faut le dire, très-défectueuse. Si nous insistons tant sur les arrêts, si nous les discutons, ce n'est pas pour le plaisir de critiquer; nous reconnaissons volontiers que la jurisprudence nous a beaucoup appris, c'est une des sources les plus fécondes de notre science. Mais dans la pratique, on y attache une autorité exagérée; quand la cour de cassation a parlé, on dirait qu'un pouvoir infaillible a décidé. Si l'on y regarde de près, le prestige s'évanouit : que d'arrêts qui ne sont pas motivés ou qui sont mal motivés! Celui que nous allons citer est de ce nombre (1). La cour de cassation met sur la même ligne le partage testamentaire et le partage entre-vifs. Il est certain que les légataires universels ou à titre universel sont tenus des dettes; donc les enfants donataires doivent aussi en être tenus, car le législateur n'a pas entendu traiter différemment les créanciers, suivant que le donateur prend l'une ou l'autre voie pour disposer. L'argument est d'une faiblesse extrême; les légataires sont tenus des charges parce qu'ils sont successeurs universels; les donataires de biens présents n'en sont pas tenus, parce qu'ils sont des successeurs à titre particulier. On ne peut admettre, continue la cour, que le législateur, contre toute justice et toute équité, ait donné aux ascendants la faculté de tromper leurs créanciers, en choisissant, pour disposer de leurs biens, la voie d'une donation entre-vifs. Non, certes, le législateur n'entend pas favoriser la fraude et la mauvaise foi ; mais la cour oublie l'article 1167 qui donne aux créanciers le moyen de déjouer la fraude en demandant la nullité des partages faits en fraude de leurs droits.

Si l'ascendant charge les enfants, auxquels il distribue ses biens, de payer ses dettes, on applique l'article 945 et les clauses de l'acte. Il y a également sur ce point des

(1) Rejet, 19 février 1824 et 12 août 1840 (Dalloz, n° 4571, 1° et 4°). En sens contraire, Douai, 12 février 1840 (Dalloz, n° 1718, 2°).

arrêts que nous sommes obligé de contredire. Est-il vrai, comme le dit la cour de Nîmes, que les enfants soient obligés *personnellement* envers les créanciers? Il n'y a que le débiteur et ses successeurs universels qui soient tenus personnellement; si les enfants donataires sont tenus d'acquitter les dettes, c'est en vertu d'une clause de la donation; or, les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ils ne donnent aucun droit aux tiers, donc les enfants sont obligés envers le donateur, ils ne le sont pas à l'égard des créanciers; ceux-ci n'ont contre eux que l'action indirecte de l'article 1186. Cela est élémentaire. La cour de Nîmes ajoute que les enfants sont encore obligés chacun de supporter sa part virile dans les dettes, pourvu qu'elles aient acquis date certaine avant le partage, en vertu de la maxime qu'il n'y a de biens que dettes déduites (1). La maxime s'applique aux successeurs universels, on ne l'a jamais appliquée aux successeurs à titre particulier. Cela encore est élémentaire. Il eût donc fallu démontrer que les enfants sont successeurs à titre universel, et nous attendons toujours cette preuve; comment des donataires de biens présents, c'est-à-dire à titre particulier, seraient-ils successeurs à titre universel?

La cour de Bordeaux a fait une juste application des principes en décidant que s'il y a une convention qui charge spécialement les enfants d'acquitter certaines dettes, on ne peut plus leur imposer l'obligation de payer d'autres dettes. En effet, les enfants ne sont pas successeurs à la personne, ils ne représentent pas leur père, ils sont des ayants cause à titre particulier; donc ils ne peuvent être tenus des dettes qu'en vertu d'une convention tacite. Or, dans l'espèce, les parties avaient exprimé leur volonté; dès lors il ne pouvait plus être question d'une volonté tacite; il fallait s'en tenir aux clauses de l'acte (2).

77. Si l'un des enfants vient à mourir avant l'ascendant, que deviendront les biens qui lui ont été donnés? Il

(1) Nîmes, 20 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 220).
(2) Bordeaux, 18 janvier 1858 (Dalloz, 1859, 2, 182).

faut distinguer. Si l'enfant prédécédé laisse des descendants, la question se rattache à l'article 1078, aux termes duquel le partage est nul s'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés. Nous l'examinerons plus loin. Si l'enfant qui meurt ne laisse pas de descendants, les biens que son père lui a donnés en partage passeront à ses héritiers avec le reste de son patrimoine. Parmi ces héritiers se trouve l'ascendant lui-même; à titre d'ascendant donateur, il succède aux biens par lui donnés s'ils se retrouvent en nature dans sa succession (art. 747) (1). Si l'ascendant ne peut pas exercer ce que l'on appelle le droit de retour, les héritiers recueilleront les biens donnés. C'est la conséquence logique du principe qui régit le partage entre-vifs. L'enfant est donataire, donc propriétaire irrévocable; par conséquent les biens donnés font partie de son patrimoine et passent, avec ce patrimoine, à ses héritiers. On pourrait objecter qu'entre les enfants la donation équivaut à un partage; or, quand l'un des héritiers vient à prédécéder au défunt, sa part accroît à ses cohéritiers; pour mieux dire, il n'a jamais eu de part, les héritiers survivants prennent seuls toute l'hérédité, parce qu'ils sont seuls héritiers. N'en doit-il pas être de même dans la succession fictive qui s'ouvre par le partage que l'ascendant fait de ses biens? Non, car l'enfant qui prédécède ne peut pas être considéré comme héritier, précisément parce qu'il meurt avant son père; ce serait chose absurde que de dire que l'enfant succède à son père alors que celui-ci lui survit. Dans ce cas, c'est le père qui est héritier de l'enfant; il est donc impossible que l'enfant soit héritier du père. Et s'il n'est pas héritier, il n'a pas de part qui puisse accroître à ses cohéritiers. Dira-t-on qu'il a eu une part comme héritier présomptif et que, la qualité d'héritier présomptif venant à manquer, la part qu'il a reçue doit devenir caduque? Le législateur aurait pu admettre ce système, c'eût été le plus logique; l'interprète ne le peut pas. En effet, il y a

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 228, nº 183.

une donation, donc transmission irrévocable des biens donnés; or, une donation ne devient jamais caduque par le décès du donataire, quand même elle lui aurait été faite par avancement d'hoirie. Il en doit être de même de la donation-partage, car comme donation c'est un avancement d'hoirie (1).

La cour de Montpellier a rendu un arrêt en ce sens. Elle a décidé, en se fondant sur l'article 1076, que le partage entre-vifs participe de la donation en ce que l'ascendant se dépouille actuellement et irrévocablement des biens partagés pour en investir de suite et irrévocablement ses descendants qui en deviennent propriétaires incommutables. L'article 1077 confirme ce principe en disposant que si tous les biens que l'ascendant laissera à son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi; de là résulte que, dans l'esprit du législateur, les biens qui ont été partagés par l'ascendant l'ont été d'une manière irrévocable et ne font plus partie de la succession, puisqu'il ne reste à partager que ceux qui n'ont pas été compris dans le partage. La conséquence est évidente; les biens distribués à chacun des enfants sont entrés dans son domaine, et s'il décède, ils passent à ses héritiers. L'élément de donation l'emporte, dans ce cas, sur l'élément de partage. Si l'on s'en tenait exclusivement à la notion du partage, il faudrait dire qu'il ne peut pas y avoir de partage là où il n'y a pas d'héritier; d'où suivrait que le donataire n'a droit aux biens qui lui ont été donnés que s'il devient héritier, c'est-à-dire s'il survit au donateur. Mais raisonner ainsi, c'est effacer l'idée de donation. Enfin, dit la cour, on ne peut pas dire que le partage soit nul lorsqu'un des enfants qui y ont été compris vient à prédécéder sans laisser de descendants. La loi détermine les causes pour lesquelles le partage peut être attaqué, et elle ne place pas le prédécès de l'un des enfants parmi ces causes. Cela est déci-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 458, nº 243 *bis* IV. Genty, p. 285. Demolombe, t. XXIII, p. 143, nº 146.

sif, car il n'est pas permis à l'interprète de créer des nullités (1).

§ II. *Du partage fait par testament.*

78. Le partage fait par testament est régi par l'article 895; l'ascendant partage ses biens pour le temps où il n'existera plus. Il ne dispose donc pas de ses biens actuellement ni irrévocablement. Le testateur peut toujours révoquer son testament; de même l'ascendant peut toujours révoquer le partage testamentaire qu'il a fait entre ses descendants.

La révocation se fait, en principe, d'après le droit commun (art. 1035-1037). Il n'y a de doute que pour la disposition de l'article 1038. Si l'ascendant aliène tout ou partie des biens mis dans le lot d'un ou de plusieurs de ses enfants, en résultera-t-il que le partage sera révoqué pour tout ce qui a été aliéné? La position seule de la question prouve que l'article 1038 n'est pas applicable au partage ; on ne révoque pas un partage par partie, comme on fait la révocation partielle d'un legs. C'est que le legs diffère essentiellement du partage. Le legs est une libéralité faite au profit d'une personne, cette libéralité est tout à fait indépendante des autres dispositions de dernière volonté que contient le testament; un legs peut donc tomber par l'aliénation de la chose léguée et les autres legs non révoqués subsisteront. Dans un partage, au contraire, les divers legs forment autant de lots et, par conséquent, autant de clauses d'un seul et même acte qui sont enchaînées et dépendantes les unes des autres. Si le testateur aliénait tous les biens compris dans un lot, l'enfant à qui ce lot avait été attribué se trouverait sans part; il serait donc omis et, par suite, il faudrait appliquer l'article 1078 aux termes duquel le partage est nul pour le tout lorsqu'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès. Il va sans dire qu'il

(1) Montpellier, 7 février 1850 (Dalloz, 1851, 2, 25).

n'en serait pas ainsi d'un testament qui contiendrait plusieurs legs distincts : la révocation de l'un laisserait sub sister les autres.

Si l'article 1038 n'est pas applicable au testament qui contient un partage, il reste à savoir quelle influence l'aliénation faite par l'ascendant exercera sur le partage. Il y a un cas dans lequel la décision n'est pas douteuse. Si l'acte ne peut plus valoir légalement comme partage, par suite de l'aliénation, le partage tombera pour le tout; nous venons d'en donner un exemple. Mais si le partage est encore légal, c'est-à-dire si tous les enfants y restent compris, si aucun n'est lésé de plus du quart, s'il n'y a pas d'atteinte portée à la réserve, le partage sera-t-il maintenu malgré l'aliénation qui diminue le lot de l'un des copartageants? Sur ce point, il règne quelque incertitude dans la doctrine. Le partage sera-t-il révoqué? Si l'on admet que l'article 1038 n'est pas applicable au partage, la question devient une difficulté de fait : quelle est l'intention de l'ascendant qui aliène un bien compris dans le partage? veut-il le révoquer? Si la volonté de révoquer est établie, le partage tombera. Seulement on ne peut pas déclarer le partage révoqué par le fait de l'aliénation; il est arrivé qu'un père a aliéné un bien partagé et que l'enfant dans le lot duquel il avait été mis n'a point réclamé (1). Cela prouve que l'aliénation n'altère pas nécessairement le partage. C'est une question d'intention (2).

Si le partage n'est pas révoqué, l'enfant dont le lot est diminué par l'aliénation n'aura-t-il pas une action en indemnité? On a dit que l'héritier dépouillé avait l'action en garantie contre ses cohéritiers, comme si le testateur avait compris, à son insu, la chose d'autrui dans son lot (3). L'équité semble l'exiger, mais en droit, cela nous paraît très-douteux. Peut-il y avoir une action en garantie sans qu'il y ait éviction? et peut-on dire qu'il y ait éviction quand le légataire n'a jamais eu droit à la chose? et il n'y

(1) Bordeaux, 30 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 120).
(2) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 230, note 5 ; Réquier, p. 78, n° 57.
(3) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 461, n° 243 *bis* VII. Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et suiv., et note 11 (§ 733).

a certes pas droit quand la chose léguée ne se trouve plus dans le patrimoine du testateur.

79. Les enfants entre lesquels l'ascendant a partagé ses biens sont-ils tenus des dettes? Dans l'opinion qui considère le partage testamentaire comme le simple règlement de la succession *ab intestat* (n° 53), les enfants ne sont pas des légataires, ils sont appelés comme héritiers légitimes; ce qui décide la question; à titre d'héritiers, ils doivent payer les dettes, et même *ultrà vires,* s'ils acceptent purement et simplement (1). Dans notre opinion, les enfants viennent à la succession comme légataires; en vertu de quel titre réclament-ils les biens qui composent leur lot? En vertu du testament qui leur attribue ces lots. Donc ils sont légataires et, par conséquent, ils seront tenus des dettes comme légataires universels ou à titre universel. S'ils sont légataires à titre particulier, ils ne doivent pas contribuer au payement des dettes. Toutefois les créanciers seront payés avant eux en vertu de la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*. L'ascendant ne peut partager que les biens qu'il a, et il n'a de biens que ce qui lui reste, dettes déduites (2).

80. Si l'un des enfants prédécède au testateur, que devient sa part? Sur ce point il n'y a aucun doute, quelle que soit l'opinion que l'on admette sur la question de principe. Est-ce comme légataires que les enfants sont appelés à l'hérédité, le legs de celui qui prédécède devient caduc (art. 1039). Est-ce comme héritiers, celui qui prédécède ne peut pas succéder, puisque pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 725) (3).

La caducité du legs entraîne-t-elle la caducité du partage? En principe, la caducité d'un legs ne fait pas tomber le testament. Mais la disposition qui attribue un lot à un enfant n'est pas un simple legs; c'est une clause d'un

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et note 7. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 463, n° 243 *bis* XI. Demolombe, t. XXIII, p. 121, n° 119.

(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 114, n° 145.

(3) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 462, n° 243 *bis* VIII.

acte qui distribue tout le patrimoine; ces clauses ne sont-elles pas indivisibles, en ce sens que l'une tombant, les autres doivent tomber également? C'est l'opinion de Troplong : les éléments, dit-il, sur lesquels le testateur a opéré ne sont plus ceux qui existent au moment de son décès; dès lors il faut substituer un nouveau partage à celui que l'ascendant a fait en vue d'un autre ordre de personnes et de choses. On a répondu, et la réponse est péremptoire, que le législateur aurait pu le décider ainsi, mais que, dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas créer des causes de nullité ou de révocation (1).

On demande ce que devient la part du légataire prédécédé? On applique les principes généraux de droit. Si le testateur a fait le partage en instituant d'abord conjointement tous les légataires, la part de celui qui ne vient pas à la succession accroîtra aux autres. S'il a procédé par voie de disposition particulière, la caducité du legs laissera les biens légués dans la succession *ab intestat*, et l'on fera un partage supplémentaire conformément à l'article 1078 (2).

ARTICLE 2. Du partage considéré comme distribution de biens.

§ Ier. *Du partage testamentaire.*

81. L'acte par lequel l'ascendant distribue ses biens entre ses enfants est essentiellement un partage; la loi le qualifie ainsi dans le chapitre VII, et les dispositions du code sont en harmonie avec le nom qu'il donne à cet acte. D'après l'article 1078, le partage est nul pour le tout s'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existent à l'époque du décès. Voilà une règle qui ne s'applique qu'au partage. Dans les legs ordinaires, il ne peut être question d'une omission qui vicierait le testament. D'après l'article 1079, le partage fait par l'ascendant peut être attaqué

(1) Troplong, t. II, p. 312, nº 2319. En sens contraire, tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 228 et suiv., et notes 12 et 13; Demolombe, t. XXIII, p. 111, nºs 106, 107; Réquier, p. 104).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 229 et note 15, § 732.

pour cause de lésion de plus du quart; cette disposition est empruntée au partage *ab intestat* (art. 887). Elle est d'autant plus remarquable qu'elle est tout à fait exceptionnelle. De droit commun, la lésion ne vicie pas les conventions; la loi ne fait exception que pour le partage et la vente (art. 1118). C'est une preuve décisive que le partage d'ascendant est un vrai partage; si cet acte a un caractère mixte, s'il est aussi un acte de disposition, c'est parce que le partage ne peut se faire que par donation ou testament, c'est-à-dire par des actes qui ont pour objet la transmission de la propriété. Dans son objet essentiel, le partage d'ascendant n'est pas un acte de disposition, c'est un acte de distribution, comme la loi elle-même le dit dans le premier article de notre chapitre (1). Comment concilier les deux effets contraires que produit un seul et même acte? Le partage d'ascendant peut-il être tout ensemble un acte de disposition et un acte de distribution? Nous venons d'exposer les effets que produit le partage comme acte de disposition, ils concernent les rapports de l'ascendant avec les enfants et les rapports des parties contractantes avec les tiers. Quant aux rapports des enfants entre eux, l'acte est un partage et produit tous les effets d'un partage.

82. Le premier effet du partage, celui qui le distingue essentiellement des actes translatifs de propriété, c'est qu'il est déclaratif de propriété, en ce sens que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets compris dans son lot et n'avoir jamais eu de droit sur les objets mis dans les lots de ses cohéritiers (art. 883). Ce principe qui caractérise le partage s'applique-t-il au partage d'ascendant? On l'admet généralement par la raison que le partage d'ascendant est un partage et produit tous les effets qui y sont attachés. Cela n'est pas sans difficulté. L'article 883 repose sur une fiction; dans la réalité des choses, les héritiers échangent leur droit indivis contre un droit divisé, d'où la conséquence que le partage est translatif de propriété. Nous

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 231, § 733; Genty, p. 82.

avons dit ailleurs pourquoi la loi, dérogeant à la rigueur des principes, considère le partage comme déclaratif de propriété. Les deux principes impliquent que le partage est précédé d'un état d'indivision auquel il met fin, soit en déclarant quel est le droit des copartageants, soit en leur attribuant une propriété divisée en échange d'une propriété indivise. Or, dans le cas où un ascendant partage ses biens entre ses enfants, il n'y a jamais eu d'indivision. Quand le partage se fait par donation, cela est évident, puisque, avant la donation, les donataires n'avaient aucun droit sur les choses données. Cela est tout aussi certain quand le partage est testamentaire. Il est vrai que dans ce cas les enfants sont héritiers au moment de l'ouverture de la succession, mais on ne peut pas dire qu'ils soient communistes, car, à l'instant même du décès de l'ascendant, le testament produit son effet; donc les enfants recueillent, non une succession indivise, mais une succession divisée; et si la succession leur arrive divisée, il ne peut être question d'une fiction pour expliquer l'échange entre l'indivision et la division; dans la réalité des choses, les enfants ont toujours été propriétaires divisés (1). Cela est vrai, mais sommes-nous sur le terrain de la réalité? Si l'on s'en tient à la réalité des choses, l'argument prouve trop; en effet, il prouverait qu'il n'y a pas de partage possible, puisqu'il n'y a jamais eu d'indivision. Cependant la loi dit qu'il y a partage; or, tout partage implique une indivision à laquelle il met fin. Si l'indivision n'est pas réelle, elle doit être fictive; il y a donc une fiction dans le partage d'ascendant. L'ascendant partage sa succession, et on ne conçoit pas de succession sans indivision; il distribue ses biens à titre de partage, et il n'y a pas de partage possible là où il n'y a pas d'indivision. Il faut accepter la fiction avec ses conséquences; la loi admet qu'il y a un partage; elle admet par cela même qu'il existe une indivision, donc un acte qui y met fin et qui, comme tel, est déclaratif de propriété.

(1) Réquier, p. 97, 122, 133. En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 119, nº 118.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes à la femme mariée sous le régime dotal. Dans le partage fait par l'ascendant, un immeuble avait été attribué à l'un des enfants à charge de payer une somme d'argent à une fille mariée sous le régime dotal. Cette somme mise au lot de la femme dotale constitue tout le droit qu'elle a dans la succession ; elle est censée n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble mis au lot d'un autre enfant ; elle a donc une simple créance garantie par un privilége. Dans l'espèce, elle avait laissé périr son privilége pour ne l'avoir pas inscrit dans le délai légal, il ne lui restait qu'une hypothèque pour laquelle elle était primée par les créanciers inscrits avant elle (1). Il y a un arrêt de la cour de Caen dans le même sens ; dans cette dernière espèce, la femme était copropriétaire de l'immeuble mis dans son lot, et cet immeuble avait été exclu de la constitution de dot ; il en résultait que tout l'immeuble était extradotal et pouvait dès lors être hypothéqué par la femme et saisi par le créancier hypothécaire (2).

83. Le code civil accorde un privilége aux copartageants pour la garantie des soultes ou retours de lots ; ce privilége doit être inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage ; à défaut de cette inscription, le privilége dégénère en hypothèque (art. 2103, n° 3, 2109, 2113). Notre loi hypothécaire conserve ce privilége sur les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte ou du retour ; mais elle a modifié le mode de conservation : le partage, quand il comprend des immeubles, est soumis à la transcription pour avoir effet à l'égard des tiers ; la loi attache la conservation du privilége à la transcription du partage (art. 27, n° 3, 33 et 1er de la loi du 16 décembre 1851).

Les enfants entre lesquels se fait le partage d'ascendant jouissent-ils du privilége pour la garantie des soultes ou retours de lots? Oui, et sans doute aucun, puisque la loi qui accorde le privilége est conçue en termes géné-

(1) Rejet, 7 août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 498).
(2) Caen, 26 novembre 1868 (Dalloz, 1870, 5. 262).

raux et ne distingue pas entre les divers partages; tout partage est garanti par le privilége de soulte, donc aussi le partage d'ascendant (1).

Sous l'empire du code civil, il se présentait une difficulté concernant le délai dans lequel l'inscription devait être prise; nous renvoyons la question aux auteurs français (2). La loi belge fait naître une autre question, nous l'examinerons au titre des *Hypothèques*, siége de la matière.

84. Les copartageants ont-ils aussi l'action en résolution du partage pour inexécution des obligations contractées par le débiteur de la soulte? Quand le partage est fait par testament, la négative n'est pas douteuse. Il est vrai que les legs peuvent être révoqués pour cause d'inexécution des conditions (art. 1046 et 954); mais cela suppose qu'il y a des héritiers débiteurs du legs, et intéressés, à ce titre, à en demander la révocation. Or, dans le partage testamentaire fait entre les enfants, les héritiers sont précisément les légataires; pour mieux dire, dans notre opinion, il n'y a plus d'héritiers, il n'y a que des légataires. Donc l'action en révocation ne serait admissible que si un légataire avait action contre un autre légataire, c'est-à-dire le créancier de la soulte contre celui qui en est le débiteur. Ce n'est pas là l'action ouverte pour la révocation des legs; ce ne pourrait être que l'action fondée sur la condition résolutoire tacite établie par l'article 1184; mais cet article suppose l'existence d'un contrat synallagmatique; or, peut-on dire qu'il y ait un contrat synallagmatique entre les enfants en cas de partage testamentaire (3)? Alors même que le partage se fait par donation, l'article 1184 est inapplicable. Tel est le droit commun, comme nous l'avons dit au titre des *Successions* (4).

La loi hypothécaire belge fournit un argument décisif

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et note 9. Montpellier, 12 mai 1847 (Dalloz, 1847, 2, 158) et 19 février 1853 (Dalloz, 1853, 2, 204).

(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 112, n° 142.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et note 8; Demolombe, t. XXIII, p. 117, n° 114; p. 138, n° 137; Réquier, p. 132, n° 87.

(4) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 432, n° 410.

à l'appui de notre opinion. Il y a trois créanciers privilégiés qui, outre leur privilége, ont une action en résolution : ce sont le vendeur, l'échangiste et le donateur; leur action en résolution est-elle indépendante du privilége? D'après le code civil, les deux droits étaient indépendants l'un de l'autre, de sorte que le créancier qui avait perdu son privilége pouvait encore exercer l'action résolutoire. La loi belge déroge en ce point au code; elle déclare que l'action résolutoire ne peut plus être exercée quand le créancier est déchu du privilége. Si les copartageants privilégiés avaient aussi l'action résolutoire, la loi aurait dû leur appliquer le même principe et les comprendre, par conséquent, dans la disposition de l'article 28; or, elle ne les mentionne pas; preuve que, dans la pensée du législateur, les copartageants n'ont qu'un seul droit, le privilége que la loi leur accorde.

85. Les enfants entre lesquels l'ascendant partage ses biens étant considérés comme des copartageants sont par cela même tenus de l'obligation de garantie que la loi impose à ceux qui partagent une succession. Il faut donc leur appliquer l'article 884, en vertu duquel les cohéritiers demeurent respectivement garants les uns envers les autres des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage. Le code civil (art. 2103, 3°) et la loi hypothécaire belge (art. 27, n° 4 et art. 33) garantissent cette obligation ou ce droit par un privilége qui porte sur tous les immeubles compris dans le lot des garants. Nous avons dit ailleurs quel est le fondement de la garantie que les cohéritiers se doivent. L'obligation, quoique établie au titre des *Successions*, s'applique à tout partage (art. 1476), donc aussi au partage d'ascendant (1).

La cour de cassation a consacré implicitement cette opinion en validant une stipulation de non-garantie. Cette stipulation est permise dans les partages qui se font *ab intestat*, donc aussi dans les partages d'ascendant. Mais

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 465, n° 436. Aubry et Rau, t. VI, p. 231, note 10, et tous les auteurs.

la cour n'a-t-elle pas dépassé la loi? Dans l'espèce, la stipulation n'était pas expresse, comme le veut l'article 884 : l'un des enfants, une fille mariée sous le régime dotal, n'avait consenti à accéder au partage qu'à la condition expresse qu'il ne serait nullement et en aucun cas préjudicié à la constitution dotale résultant de son contrat de mariage. L'acte de partage ne lui attribuait que la somme qui lui avait été constituée en dot, dont elle était déjà propriétaire, qu'elle pouvait réclamer en vertu de son contrat de mariage; l'un des copartageants, détenteur des immeubles de la succession, était chargé de lui payer cette somme. Il a été décidé que, dans ces circonstances, la fille pouvait réclamer sa dot sans être tenue d'aucune garantie à raison des évictions qu'auraient pu subir les copartageants (1). D'après le droit commun, cette décision serait irréprochable; mais l'article 884 déroge au droit commun en exigeant une clause particulière et expresse qui excepte l'*espèce* d'éviction soufferte. La clause litigieuse satisfaisait-elle à cette prescription. Nous en doutons.

§ II. *Du partage fait par donation.*

N° 1. PENDANT LA VIE DU DONATEUR.

86. L'ascendant distribue ses biens entre ses enfants par donation entre-vifs. Cette distribution est-elle un partage et en produit-elle les effets pendant la vie du donateur? Quand on lit le texte et que l'on a le respect de la loi, on est étonné des controverses auxquelles cette question a donné lieu. En effet, le texte la décide. L'article 1075 permet aux ascendants de faire entre leurs enfants la *distribution* et le *partage* de leurs biens. Ces partages, dit l'article 1076, pourront être faits par actes entre-vifs, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les *donations*. Donc la distribution de biens faite par donation est un partage, et comme ce partage

(1) Rejet, chambre civile, 3 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 356).

ne peut porter que sur les biens présents, il produit immédiatement son effet, de même que toute donation. Lorsque la loi dit que le partage fait par donation est un partage, et un partage entre-vifs, de quel droit l'interprète vient-il dire que ce partage ne produira aucun effet entre-vifs? Telle est cependant la doctrine enseignée par M. Genty, et M. Demolombe l'a adoptée en y ajoutant des inconséquences. Les auteurs récents, MM. Réquier, Barafort, Bertauld, la combattent, mais sans être d'accord entre eux. Ne dirait-on pas une de ces difficultés insolubles sur lesquelles l'entente ne peut se faire? Pour le coup, les interprètes sont les coupables; ils ont imaginé une théorie des partages qui n'a aucun appui ni dans les textes ni dans les principes. Il nous sera très-facile de le démontrer.

L'ascendant, dit-on, qui distribue ses biens entre ses enfants par acte entre-vifs leur fait une donation. Quel est le caractère de cette libéralité? C'est une donation en avancement d'hoirie; en effet, l'ascendant assigne d'avance à ses enfants la part héréditaire qui leur revient dans ses biens. Cette donation produit un effet actuel et immédiat en saisissant les donataires de la propriété des biens donnés. Mais elle ne vaudra comme partage de succession qu'au moment où la succession s'ouvrira et lorsque les enfants seront devenus héritiers. Voilà le système en deux mots. Il scinde le partage-donation; l'acte vaut immédiatement comme donation, il ne vaudra comme partage qu'à la mort du donateur.

De quel droit l'interprète scinde-t-il un acte qui, d'après la loi, n'a qu'un seul et même but, celui de distribuer les biens du père entre ses enfants? On répond qu'il ne peut y avoir succession partagée avant qu'il y ait succession : comprend-on que les enfants soient considérés comme héritiers copartagés tant qu'ils ne sont pas héritiers? Or, il n'y a pas d'héritier d'un homme vivant. C'est seulement à la mort du père qu'il y a des héritiers, c'est seulement à ce moment qu'il y aura partage (1).

(1) Genty, p. 218 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 125 et suiv., n° 122.

Notre réponse se trouve dans le texte de la loi. On prétend que le partage est impossible tant que l'ascendant vit. Et que dit le code? Il donne à l'ascendant le droit de partager ses biens entre-vifs. Ainsi ce que l'interprète déclare impossible, la loi l'autorise et le sanctionne. Or, quand la loi autorise un acte, on ne peut plus dire qu'il est impossible; s'il est en opposition avec la réalité des choses, on doit dire que c'est une fiction, et le législateur n'a-t-il pas le droit d'établir des fictions qui, par leur nature même, blessent plus ou moins la réalité? Il n'y a pas de succession d'un homme vivant. Non, cela n'empêche pas le législateur de permettre à l'ascendant de partager de son vivant ses biens entre ses enfants; or, tout partage suppose une succession ouverte : peut-on partager ce qui n'existe pas? La succession est donc censée ouverte. C'est évidemment une fiction. Pourquoi la loi l'autorise-t-elle? Nous l'avons dit; il y a des motifs moraux, il y a des considérations d'économie rurale; donc les partages d'ascendants touchent à l'ordre public, et quand l'ordre public est en cause, le législateur ne recule pas devant une exception aux principes. Que de dérogations ne permet-il point dans les conventions matrimoniales? Par la même raison, il permet de partager une succession avant qu'elle soit ouverte. L'esprit de la loi est en harmonie avec son texte. Pourquoi permet-elle au père d'intervertir les lois de la nature en partageant son hérédité de son vivant? C'est pour prévenir un partage entre ses enfants qui peut-être ne s'entendraient pas; c'est pour empêcher que l'héritage paternel ne soit morcelé et que l'exploitation n'en devienne impossible. Voilà pourquoi le père fait lui-même le partage de ses biens. Il veut donc faire un partage véritable, puisque son partage a précisément pour but d'éviter le partage qui se ferait après sa mort.

On prétend que ce partage n'est qu'un avancement d'hoirie. Le texte, encore une fois, est contraire. Un avancement d'hoirie est une avance sur la succession future; il implique un partage qui doit se faire à la succession du donateur et le rapport des biens donnés pour for-

mer la masse partageable; le père donne, il ne partage pas. Si le partage d'ascendant n'était pas autre chose, il eût été inutile d'en traiter dans un chapitre à part, les principes généraux suffisaient. Mais le père qui partage fait plus que donner, il ne donne que pour partager; le partage étant irrévocable, la donation qu'il implique est aussi irrévocable; tout est consommé, dès que l'acte est parfait; il n'y a plus ni partage ni rapport. Régulièrement le père distribue tous ses biens; à sa mort, il n'y a plus de succession, donc il n'y aura rien à partager. Ainsi, au lieu d'un avancement d'hoirie, qui ajourne tout à la mort du donateur, nous avons un acte qui veut prévenir ce qui se fait d'ordinaire à sa mort; le partage étant consommé, irrévocable, pourquoi ne lui donnerait-on pas effet immédiatement? Les principes le veulent et la volonté du père est d'accord avec les principes (1).

87. Chose singulière; après avoir nié la possibilité d'un partage, on avoue qu'il y a un partage de choses *communes*, mais on refuse à ce partage les effets d'un partage ordinaire (2). Il y a donc des choses *communes*. Cela suppose une indivision, et pour mettre fin à l'indivision ne faut-il pas un partage? Nous voilà dans un dédale d'impossibilités juridiques. On ne veut pas qu'il y ait partage, parce que le partage impliquerait une succession et qu'il n'y a pas de succession d'un homme vivant. Et des choses *communes* entre enfants n'impliquent-elles pas aussi une succession? D'où viendrait cette *communauté*, sinon d'une succession ouverte par anticipation? Il faut donc dire avec Demante qu'il y a une sorte d'ouverture anticipée de la succession ou, pour parler un langage plus juridique, qu'il y a une fiction légale qui considère la succession comme étant ouverte. Cette fiction doit avoir des effets; elle a été créée pour rendre le partage possible, elle doit donc produire les effets du partage.

Dans l'opinion que nous combattons, le partage d'as-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 453, n° 242, et p. 464 et suiv., n° 243 *bis* XV. Réquier, p. 141, 195, 138 et suiv. de Folleville, p. 381, n°s 1191 et suiv.
(2) Genty, *Des partages d'ascendants*, p. 220.

cendant ne produit pas les effets d'un partage. Si le partage attribue les immeubles à l'un des enfants, en le chargeant de payer aux autres une somme d'argent qui leur tiendra lieu de part héréditaire, les enfants n'auront qu'une action personnelle comme donataires pour réclamer leur soulte, ils n'ont pas le privilége que la loi accorde aux copartageants pour la garantie des soultes ou retours de lots. C'est dire que les enfants ne sont pas *copartageants,* et cependant c'est à titre de *partage* qu'ils recueillent les biens ! On a senti combien cette conséquence est inique, et on a prétendu qu'une clause de l'acte de partage pourrait conférer ce privilége. Voilà bien une impossibilité juridique, s'il en fut jamais ! Un privilége créé par convention, alors qu'il est de principe élémentaire que c'est la loi qui crée les priviléges ! Reculant devant cette énormité, M. Demolombe préfère accorder le privilége de soulte aux enfants (1). C'est une autre impossibilité dans l'opinion que nous combattons ou, si l'on veut, une inconséquence flagrante. Quoi ! le partage ne produit pas d'effet du vivant de l'ascendant, et il confère le privilége qui est un effet du partage !

Même solution pour la garantie. Les enfants ne se doivent pas garantie, dit-on, parce qu'ils ne sont pas héritiers. Nous répondons qu'ils sont héritiers par fiction, sinon il ne pourrait pas y avoir de partage, et la loi dit qu'il y a partage. On insiste, en invoquant les motifs pour lesquels les héritiers se doivent garantie ; c'est, dit-on, parce que le partage est un échange, ce qui suppose un droit indivis échangé contre un droit divisé ; or, dans le partage d'ascendant, il n'y a ni indivision ni échange, donc il ne peut y avoir de garantie. Nous répondons que, dans le système du code, la garantie ne peut pas dériver d'un échange, puisqu'il n'admet pas que le partage soit translatif de propriété ; la garantie est la sanction de l'égalité qui doit régner entre copartageants ; et l'égalité ne doit-elle pas régner dans les partages d'ascendant ? M. Demolombe, frappé de l'iniquité d'une doctrine qui

(1) Genty, p. 252, 253. Demolombe, t. XXIII, p. 134, n° 134.

refuse la garantie aux copartageants, a préféré l'admettre, au risque d'une inconséquence. Il eût été plus logique de rejeter le principe avec ses conséquences (1).

C'est l'opinion des auteurs les plus récents, mais ils sont en désaccord sur les conséquences. M. Réquier admet les principes tels que nous venons de les exposer, tandis que M. Bertauld, tout en enseignant que le partage d'ascendant est un partage, dit que c'est un partage spécial muni du privilége de soulte, mais dépourvu de l'action en garantie. Cela est arbitraire, et ces décisions arbitraires sont regrettables, puisqu'elles ne font qu'augmenter la confusion qui règne dans la matière du partage d'ascendant (2).

88. La jurisprudence semble se rapprocher de la doctrine que nous avons cru devoir combattre. Mais il est à remarquer qu'elle n'a pas eu à se prononcer d'une manière formelle sur la question. C'est à l'occasion de l'action en rescision pour cause de lésion que de graves dissentiments se sont produits. La cour de cassation a changé de système. Elle a d'abord considéré le partage entre-vifs comme l'ouverture de la succession du donateur quant aux biens présents, partage définitif suivi d'un second partage lorsque le donateur vient à mourir (3). Cette jurisprudence est abandonnée. D'après la dernière doctrine de la cour de cassation, l'enfant n'est pas héritier en vertu du partage entre-vifs, il ne le devient qu'à la mort de l'ascendant; c'est alors seulement que la succession s'ouvre (4). D'où la cour de cassation a déduit la conséquence que le partage entre-vifs ne produit d'effet comme partage qu'à la mort de l'ascendant (5). C'est, en apparence, la théorie de MM. Genty et Demolombe. Mais il nous semble qu'en l'appliquant au privilége de soulte et à la garantie, on dépasse la pensée de la cour suprême. Nous nous réservons d'examiner sa jurisprudence quand

(1) Genty, p. 247, n° 36. Demolombe, t. XXIII, p. 134, n° 134.
(2) Réquier, p. 130 et 142 et suiv. Bertauld, t. II, p. 67, n°s 83 et suiv.
(3) Rejet, 4 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49).
(4) Rejet, 13 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 169).
(5) Cassation, 24 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 289).

nous traiterons de l'action en rescision pour cause de lésion.

89. Les enfants ont-ils, outre le privilége de soulte, l'action en résolution du partage pour cause d'inexécution des conditions? Nous avons décidé la question négativement pour le partage testamentaire (n° 84). Telle est aussi l'opinion générale lorsque le partage est fait par donation (1). Il y a cependant quelques motifs de douter qui concernent spécialement le partage entre-vifs. Ce partage est un contrat synallagmatique; les donataires pourraient donc invoquer le principe de la condition résolutoire consacré par l'article 1184. On répond que l'article 883 fait exception à la règle établie par l'article 1184 pour les contrats ordinaires. Le partage, quoique conventionnel, n'est pas soumis à la condition résolutoire tacite (2); ce principe doit recevoir son application au partage d'ascendant aussi bien qu'au partage *ab intestat*. La jurisprudence est en ce sens (3), sauf un arrêt de la cour de Limoges lequel décide que l'action en révocation de la donation, qui appartient au père, passe aux enfants en leur qualité d'héritiers (4). Nous croyons qu'il y a impossibilité juridique à ce que l'action de l'ascendant passe à ses enfants. Le père a l'action résolutoire pour inexécution des conditions stipulées dans son intérêt; on pourrait déjà de ce chef lui contester le droit d'agir en révocation pour défaut de payement de la soulte, car la soulte n'est pas stipulée dans son intérêt, c'est un droit qui appartient au copartageant créancier de la soulte contre le copartageant débiteur. En supposant même que le père puisse, de ce chef, demander la résolution du partage, il faut voir si l'action qui lui appartient peut être exercée par les enfants. Il l'a comme donateur, les enfants l'auraient donc comme représentant le donateur; or, ils sont donataires : peuvent-ils tout ensemble être

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XXIII, p. 138, n° 137.
(2) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 490, n° 460.
(3) Grenoble, 8 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 188); Besançon, 8 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 66); Rejet, 7 août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 499).
(4) Limoges, 21 juin 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4578, 1°).

donateurs et donataires? peuvent-ils exercer, comme représentants du donateur, une action qui ne leur appartient pas à titre de donataires? Voilà des qualités inconciliables. Il faut donc maintenir le principe qui défend aux copartageants de demander la résolution du partage.

N° 2. APRÈS LA MORT DE L'ASCENDANT.

90. A la mort de l'ascendant, sa succession s'ouvre; les héritiers qui y sont appelés sont les enfants entre lesquels le père a déjà partagé ses biens; les enfants recueillent l'hérédité telle qu'elle a été partagée. Le partage produit alors tous les effets qui y sont attachés. Cela ne fait plus de doute; on l'admet dans toutes les opinions; il y a lieu au privilége pour soulte, les enfants sont tenus à la garantie, et ils y ont droit ainsi qu'au privilége qui l'assure; le partage est déclaratif de propriété, il est soumis aux actions en nullité, en rescision, en réduction, que la loi ouvre contre le partage d'ascendant (1).

Dans l'opinion que nous avons enseignée, les enfants restent après la mort du père ce qu'ils étaient de son vivant, des donataires copartagés; ils ne le deviennent pas, car ils ne tiennent pas leur droit de l'ouverture de la succession; pour eux la succession s'est ouverte dès le moment où l'ascendant leur a distribué ses biens. Cela est évident quand ils acceptent. Ils restent propriétaires des biens que leur père leur a distribués; ces biens ayant été partagés, il va sans dire qu'ils ne sont pas soumis à un nouveau partage. D'ordinaire le père comprend tous ses biens dans le partage qu'il en fait; dans ce cas, sa mort ne produit aucun effet nouveau. S'il a acquis des biens après le partage, ou si tous ses biens n'y ont pas été compris, il y aura lieu à un partage supplémentaire, lequel, dit l'article 1077, se fera conformément à la loi, puisqu'il s'agit de partager une succession *ab intestat* (2).

L'application du principe, en cas d'acceptation, ne

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 140, n° 139; p. 143, n° 145.
(2) Réquier, p. 159, n° 98.

souffre aucune difficulté. Quand il y a lieu à un partage supplémentaire, on pourrait croire que les biens donnés entre-vifs doivent être rapportés, d'après le droit commun qui régit les successions *ab intestat*. Il n'en est rien; les biens donnés entre-vifs sont des biens partagés, et le partage est irrévocable, précisément parce qu'il a été fait par un acte entre-vifs. Il ne peut plus s'agir de partager ce qui a déjà été partagé. Voilà une différence essentielle entre la donation-partage et la donation en avancement d'hoirie. Celle-ci est sujette à rapport pour maintenir l'égalité entre les héritiers qui vont procéder au partage de la succession; la première n'est pas rapportable, parce que le rapport n'aurait aucun but, les biens donnés étant des biens partagés.

91. La donation-partage conserve-t-elle aussi ses effets lorsque l'un des enfants renonce à la succession, ce qui suppose un partage supplémentaire? On pourrait croire que l'enfant qui renonce perd tout droit aux biens qu'il a reçus entre-vifs. Il est vrai que ce sont des biens *donnés*, mais, comme nous venons de le dire, ce sont aussi des biens *partagés;* l'enfant les a reçus à titre de partage, donc comme héritier; or, s'il renonce, il est censé n'avoir jamais été héritier : peut-il conserver, à titre d'héritier, des biens qu'il a reçus en cette qualité, alors qu'il y renonce et qu'il est censé ne l'avoir jamais eue? On répond que la renonciation de l'enfant ne peut porter atteinte à des droits qui lui sont irrévocablement acquis. Il a reçu les biens comme héritier, il est vrai, mais par un titre qui ne peut être révoqué, la donation étant irrévocable de son essence.

L'enfant conserve les biens qu'il a reçus entre-vifs, bien entendu jusqu'à concurrence du disponible. C'est le droit commun de l'héritier qui renonce (art. 845); l'héritier renonçant perd sa qualité d'héritier, il ne peut donc pas avoir droit à la réserve. Cela semble contraire à ce que nous venons de dire, que le partage subsiste malgré la renonciation de l'enfant. La réponse est dans le caractère mixte de la donation-partage. L'enfant a reçu les biens par un titre irrévocable, il doit donc conserver les biens;

mais il peut renoncer, et en renonçant il perd son droit à la réserve; il doit donc subir la réduction si la donation dépasse le disponible (1).

92. Il reste un doute qui a donné lieu à une controverse. L'enfant renonçant n'est plus héritier : à quel titre conserve-t-il les biens? Dans l'opinion que nous avons adoptée sur le caractère du partage entre-vifs, on doit répondre que, le partage subsistant, l'enfant reste un donataire copartagé. On ne peut pas dire que par sa renonciation il transforme la donation-partage en donation, car il ne dépend pas de lui de changer la nature d'un titre irrévocable : il n'a pas reçu les biens comme donataire, il les a reçus comme copartagé; il reste donc donataire-copartagé. De là suit qu'il reste tenu des obligations qui naissent du partage et qu'il peut aussi exercer les droits qui en découlent. On ne saurait nier qu'il y a ici des effets contradictoires. L'enfant renonçant n'est pas héritier, il ne peut donc être copartageant, car, pour être copartageant, il faut être héritier, et néanmoins il devra la garantie comme copartagé; il sera soumis au privilége à ce titre, ainsi que pour la soulte, s'il doit un retour de lot. Ces contradictions sont la conséquence du caractère mixte qui est inhérent au partage d'ascendant. C'est un partage, ce qui implique que les copartageants sont héritiers; ce partage, fait par donation, est irrévocable. La mort de l'ascendant, la renonciation de l'enfant ne peuvent apporter aucune modification à un acte incommutable. Donc le renonçant sera toujours donataire-copartagé, c'est en vertu d'une donation-partage qu'il continuera de posséder. La conséquence logique est qu'il est lié, à l'égard des autres enfants, par les obligations qui résultent du partage, et ceux-ci, de leur côté, sont liés à son égard (2).

Dans l'opinion qui considère la donation-partage comme un avancement d'hoirie, ces difficultés n'existent pas. C'est seulement à la mort de l'ascendant que le partage pro-

(1) Réquier, p. 161 et suiv. Demante, t. IV, p. 458, n° 143 *bis* IV.
(2) Réquier, p. 159, n° 98. Bertauld, t. II, p. 70, n°s 90, 91; p. 73, n° 93; p. 80, n° 105; p. 82, n° 106.

duit ses effets ; jusque-là les enfants n'étaient que donataires ; à l'ouverture de la succession, ils deviennent héritiers; renoncent-ils à la succession, ils n'auront jamais été copartagés, ils seront de simples donataires en avancement d'hoirie, auxquels on applique l'article 845 et les principes qui régissent les donations. Ils n'ont ni les droits ni les obligations des copartagés : pas de garantie, pas de privilége. Cela est très-simple et très-logique. Mais en cette matière, il faut se défier de ce qui est logique et simple, car l'acte par lequel l'ascendant partage ses biens a un double caractère, c'est une donation et c'est un partage; supprimez l'un des éléments qui le constituent, vous arriverez à une théorie qui séduit par sa simplicité, mais vous altérez l'acte et vous vous écartez du texte et de l'esprit de la loi. Cela est si vrai que, dans l'opinion que nous combattons, on se divise : l'un reste conséquent jusqu'au bout et nie qu'il y ait partage, privilége et garantie (1); l'autre recule devant ces conséquences et admet que le renonçant reste tenu des obligations qui dérivent de son titre (2). Il faut donc de toute nécessité faire une part à chacun des éléments qui constituent le partage d'ascendant; il en résulte des contradictions plus apparentes que réelles, car elles découlent de la double nature de l'acte par lequel l'ascendant distribue ses biens entre ses enfants.

SECTION III. — Des causes pour lesquelles le partage peut être attaqué.

ARTICLE 1. Du partage inexistant.

§ Ier. *L'omission d'un enfant rend-elle le partage inexistant?*

93. L'article 1078 est ainsi conçu : « Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provo-

(1) Genty, p. 288 et suiv.; 313, 315.
(2) Demolombe, t. XXIII, p. 150, nº 153.

qué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait. » Cette disposition découle de la nature du partage; il est de son essence que tous les ayants droit y concourent, car c'est une liquidation de droits communs, une distribution de biens auxquels tous ont un droit égal; donc tous y doivent prendre part; un partage qui n'est pas fait entre tous ceux qui ont droit aux biens partagés ne serait pas un partage. Nous avons établi ce principe en traitant du partage qui se fait entre cohéritiers (1); il reçoit son application au partage d'ascendant; ce qui prouve que le partage d'ascendant est un véritable partage.

94. Dans l'opinion que nous avons enseignée au titre des *Successions,* le partage auquel tous les héritiers ne concourent point est un acte inexistant, et non un acte nul, et l'on sait que la différence est grande entre la nullité et la non-existence d'un acte. Quand un acte est nul, le vice qui l'entache donne lieu à une action en nullité, qui doit être intentée dans les dix ans s'il s'agit d'un contrat; tandis que les actes inexistants n'ont aucune existence aux yeux de la loi; on n'en doit donc pas demander la nullité, on ne le peut même pas, car l'annulation du néant ne se conçoit point. Le vice qui rend un acte nul peut être effacé par la confirmation, tandis que les actes inexistants ne sont pas susceptibles d'être confirmés. Nous avons déjà exposé ces principes au titre du *Mariage;* nous y reviendrons au titre des *Obligations*. Reçoivent-ils leur application au partage d'ascendant dans lequel un enfant aurait été omis?

En théorie, la question n'est pas douteuse; le partage d'ascendant étant un véritable partage est par cela même soumis à tous les principes qui régissent le partage. Reste à savoir si l'article 1078 consacre ces principes ou y déroge. A notre avis, la solution n'est pas douteuse. La loi dit que le partage est nul *pour le tout*. Pourquoi ajoute-t-elle ces mots *pour le tout,* dont elle n'a pas l'habitude

(1) Voyez le tome X de mes *Principes,* p. 494, n° 464.

de se servir, pour qualifier un acte nul? C'est pour marquer que l'acte est radicalement nul, qu'il ne peut produire aucun effet, pas plus à l'égard des enfants qui y ont concouru qu'à l'égard de l'enfant qui a été omis. La suite de l'article confirme cette interprétation. Si le partage était simplement nul, c'est-à-dire annulable, il en résulterait une action en nullité; et la nullité n'étant établie que dans l'intérêt de l'enfant omis, lui seul aurait le droit d'agir. Est-ce là ce que dit la loi? Elle ne parle pas d'une action en nullité, et ses termes l'excluent. Après avoir dit que le partage est nul pour le tout, l'article 1078 ajoute qu'il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale. Voilà donc l'action qui naît du partage où un enfant a été omis : ce n'est pas une action en nullité de cet acte, c'est une demande en partage; or, une demande en partage suppose l'indivision; d'après l'article 816, le partage ne peut être demandé lorsqu'il y a eu un acte de partage. Si donc le partage d'ascendant, dans l'espèce, avait une existence légale, il faudrait, avant tout, en provoquer l'annulation, et on ne pourrait procéder à un nouveau partage qu'après le jugement qui aurait annulé le premier. Ce n'est pas ainsi que les choses se passent d'après l'article 1078; la loi elle-même déclare le partage nul pour le tout; puis elle permet d'en demander un nouveau. C'est dire que le premier n'a aucune existence légale. Aussi la loi donne-t-elle le droit de demander un nouveau partage, non-seulement à l'enfant omis, mais aussi aux enfants entre qui le partage aura été fait. C'est une conséquence tout ensemble et une preuve de l'inexistence du premier partage. Le partage étant considéré comme n'ayant jamais existé, les enfants se trouvent en état d'indivision; or, les communistes peuvent toujours demander le partage. Donc les enfants compris dans le partage ont une action aussi bien que l'enfant omis; tous ont le droit de mettre fin à l'indivision.

La théorie des actes inexistants, quoique admise par les auteurs modernes, n'est pas sans difficulté dans l'application, parce que le code ne la consacre pas formellement. De là des incertitudes et des contradictions chez

ceux-là mêmes qui professent cette doctrine; nous laissons de côté ceux qui la rejettent ou qui semblent l'ignorer; au titre des *Obligations*, nous discuterons la question de principe et nous répondrons aux objections. Pour le moment, nous devons combattre une distinction proposée par MM. Aubry et Rau (1). Ils considèrent le partage comme non avenu à l'égard de l'enfant omis, et comme nul seulement à l'égard de ceux qui figurent au partage. Nous avons de la peine à comprendre qu'un seul et même acte soit inexistant à l'égard des uns, et nul à l'égard des autres. S'il est inexistant, c'est qu'une condition essentielle lui manque pour son existence, et s'il n'a pas d'existence légale, comment produirait-il quelque effet? Le texte repousse cette distinction; il place les enfants copartagés sur la même ligne que l'enfant omis; si l'enfant omis peut demander un nouveau partage sans être tenu de provoquer la nullité du premier, il en doit être de même des enfants copartagés; la loi ne distingue pas entre eux, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Il y a indivision à l'égard de l'enfant omis, donc il y a aussi indivision à l'égard des enfants copartagés ; car l'indivision à l'égard de l'un des communistes ne se conçoit pas sans qu'il y ait indivision à l'égard de tous; et dès qu'il y a indivision, l'article 815 devient applicable. Cela est aussi fondé en raison. Le partage n'ayant aucun effet à l'égard de l'enfant omis, les enfants copartagés se trouvent exposés d'un instant à l'autre à une demande en partage, et cette demande n'est soumise à aucune prescription, puisque l'action en partage est imprescriptible ; devront-ils rester éternellement dans l'incertitude, jusqu'à ce qu'il plaise à l'enfant omis d'agir? La plupart des auteurs se prononcent en faveur de notre opinion; quoiqu'ils ne la rattachent pas à la théorie des actes inexistants, ils aboutissent aux mêmes conséquences (2).

95. L'une des plus importantes concerne la prescrip-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 228, note 10.
(2) Duranton, t. IX, p. 636, n° 643. Demante, t. IV, p. 473, n° 246 Genty, p. 301 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 161, n° 168. Réquier, p. 306, nos 166-168.

tion. Si le partage dans lequel un enfant est omis était nul, il donnerait lieu à une action en nullité; les enfants copartagés devraient l'intenter dans les dix ans, conformément à l'article 1304; tandis que l'enfant omis, en supposant qu'il dût aussi agir, aurait trente ans, d'après le droit commun. Nous supposons, bien entendu, que le partage a été fait par donation, puisque l'article 1304 ne s'applique qu'aux conventions; le partage testamentaire serait soumis à la prescription générale de trente ans pour toutes les parties intéressées. Dans notre opinion, il n'y a pas d'action en nullité, donc pas de prescription ni de dix ans ni de trente ans. Tous les enfants peuvent demander le partage, d'après le droit commun. Sur la prescription de l'action en partage, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*.

Une autre conséquence, tout aussi certaine, c'est que le partage inexistant ne peut être confirmé; on ne confirme pas le néant. Sans doute les enfants peuvent faire, après la mort de l'ascendant, telles conventions qu'ils veulent, relativement à sa succession et quant au partage qu'il en a fait. Mais ces conventions n'auront pas l'effet d'une confirmation; elles ne peuvent pas donner d'existence légale à un partage qui n'existe pas aux yeux de la loi.

96. Quand nous disons que le partage n'existe pas et ne produit aucun effet, nous entendons le partage testamentaire qui ne s'ouvre qu'à la mort du testateur, c'est-à-dire au moment même où la loi le frappe de nullité radicale. Quant au partage entre-vifs, la loi ne le déclare nul pour le tout que si, lors du décès de l'ascendant, tous les enfants n'y sont pas compris. Donc, du vivant de l'ascendant, la donation produit son effet; l'enfant omis n'a aucune action, car il n'a aucun droit sur les biens de son père tant que celui-ci vit; le père a pu disposer de ses biens en faveur de quelques-uns de ses enfants sans que les autres aient le droit de se plaindre, puisque chacun peut faire de ses biens ce qu'il veut, sauf à régler les droits des réservataires à sa mort. Cela peut même se faire sans aucun esprit d'inégalité. Il est arrivé que le père, après avoir fait le partage de ses biens à l'âge de

soixante et dix ans, s'est remarié et qu'un enfant est né de son second mariage. Le partage est irrévocable, sauf à l'enfant omis à invoquer l'article 1078; de là suit que pendant la vie de l'ascendant le partage produit ses effets ; les enfants sont propriétaires, ils jouissent des biens, ils peuvent les aliéner. Mais qu'arrivera-t-il, à la mort de l'ascendant? L'enfant omis demandera un nouveau partage; pour lui le partage entre-vifs n'existe point, donc tous les biens partagés doivent être remis dans la masse héréditaire ; il ne peut pas réclamer les fruits, ils appartiennent aux propriétaires, donc aux enfants copartagés. Que deviendront les aliénations consenties par les donataires? Elles seront maintenues, puisque les enfants avaient le droit d'aliéner. Vainement dirait-on que, le partage étant inexistant, ils n'ont jamais été propriétaires. L'article 1078 répond à l'objection; le partage n'est considéré comme inexistant qu'à partir de la mort de l'ascendant; jusque-là les enfants étaient propriétaires, et leur droit ne se résout pas, car ils étaient propriétaires sans condition. C'est donc un des cas où la propriété est révoquée sans rétroactivité. Cette décision est en harmonie avec le droit des tiers. Ils ont acquis la propriété en vertu d'un acte valable que les vendeurs avaient le droit de faire; dès lors leur propriété doit être maintenue. La loi seule aurait pu la résoudre; or, aucune disposition du code, aucun principe ne peut leur être opposé pour invalider une aliénation légalement faite. C'est une différence entre le partage inexistant et la survenance d'enfant qui, aux termes de l'article 960, révoque immédiatement et avec rétroactivité le droit des donataires. On comprend la raison de la différence; la révocation de l'article 960 est une condition résolutoire. Dans le cas de l'article 1078, la loi n'établit aucune condition résolutoire, la donation-partage ne tombe qu'à la mort de l'ascendant.

Voilà encore une singularité du partage d'ascendant. En règle générale, un acte inexistant ne produit aucun effet (art. 1131); et on conçoit même difficilement qu'un acte commence par produire les effets qui y sont attachés et qu'ensuite il soit déclaré inexistant. C'est que, dans

l'espèce, la raison pour laquelle l'acte est déclaré inexistant ne se produit qu'à la mort de l'ascendant; c'est seulement alors que l'on saura s'il y a un enfant omis ou non. Et l'enfant qui est omis ne peut pas réclamer contre les effets que le partage a produits du vivant de son père, celui-ci étant libre de disposer de ses biens comme il l'entend.

97. Faut-il conclure de là que le partage seulement est nul et que l'acte vaudra comme donation? La question se comprend si l'on admet que le partage est simplement annulable, un acte, quoique nul, pouvant valoir à un autre titre, comme nous le dirons plus loin en traitant de la nullité du partage d'ascendant(1). Il en est autrement dans l'opinion qui considère le partage comme inexistant. Un acte qui n'a pas d'existence légale ne saurait produire aucun effet; le néant ne peut pas plus valoir comme donation que comme partage.

La jurisprudence est en ce sens, bien qu'elle n'invoque pas les principes qui, à notre avis, décident la question (2). Elle a été critiquée. On prétend que le texte même de la loi est contraire à l'opinion que les tribunaux ont consacrée. C'est le partage, dit-on, que l'article 1078 annule, il ne parle pas de la donation (3). L'objection n'est pas sérieuse. De quoi est-il traité dans notre chapitre VII? C'est bien du partage d'ascendant. Comment ce partage se fait-il? Par donation ou par testament, dit l'article 1076. Quand il est fait entre-vifs, le partage se confond avec la donation, les deux actes n'en font qu'un seul, le partage-donation. Lors donc que la loi dit que le partage est nul pour le tout, elle annule le partage et la donation. Le texte est en harmonie avec l'intention de l'ascendant. A-t-il voulu faire deux actes, une donation et un partage? Non, certes; il a entendu distribuer ses biens entre-vifs, et il a dû le faire par donation. La loi ne pouvait donc pas dire qu'elle annulait la donation, puisque l'ascen-

(1) Troplong, t. II, p. 312, n° 2317. Réquier, p. 308 et 370.
(2) Angers, 16 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 2, 180). Caen, 10 mai 1852 (Dalloz, 1853, 2, 185).
(3) Demolombe, t. XXIII, p. 162, n° 169. Comparez Genty, p. 303.

dant a voulu, non donner ses biens, mais les partager.

Rejetant l'interprétation que l'on donne à l'article 1078, nous repoussons naturellement les conséquences que l'on en déduit. On prétend que l'enfant renonçant peut retenir les biens qui lui ont été donnés, quoique le partage soit inexistant, car, dit-on, il les retient comme donataire. Nous répondons qu'il ne peut les retenir, à ce titre, que s'il y a partage; le partage n'ayant pas d'existence légale, il ne peut pas plus y avoir de donataire que de copartagé.

Il résulte encore de notre opinion que si l'un des enfants léguait ses biens, le légataire n'aurait aucun droit aux biens partagés. Vainement dit-on que ces biens sont dans le patrimoine de l'enfant, puisque le partage n'est considéré comme non existant qu'à la mort de l'ascendant. Nous répondons que l'enfant est tenu de remettre ces biens dans la masse partageable si le partage est inexistant, donc son héritier a la même obligation (1).

98. La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité des donations par préciput que l'acte contient au profit de quelques-uns des copartagés? Si le partage était simplement nul, la nullité n'aurait aucune influence sur les dispositions étrangères à l'acte. Mais quand le partage est inexistant, il y a un motif de douter. Le néant, peut-on dire, ne produit aucun effet. Il nous semble que l'argument confond le partage considéré comme fait juridique avec l'écrit qui constate le partage; nous supposons que la donation est valable en la forme, il y a donc un acte valable, et cet acte comprend deux faits juridiques très-distincts, une donation préciputaire et un partage; si la donation avait été faite par un acte à part, elle resterait valable, malgré la nullité radicale du partage; elle doit aussi subsister si elle se trouve dans le même acte, car un même acte peut contenir des dispositions très-distinctes, les unes valables, les autres nulles ou inexistantes. La cour de Bordeaux a décidé la question en ce sens (2).

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 163, nos 170 et 171.
(2) Bordeaux, 20 août 1853 (Dalloz, 1854, 5, 258).

§ II. *Quand le partage est-il inexistant?*

N° 1. DES ENFANTS OMIS.

99. Aux termes de l'article 1078, le partage est nul pour le tout lorsqu'un enfant qui existe à l'époque du décès n'y a pas été compris. Par enfant existant il faut entendre celui qui est appelé à la succession de l'ascendant et qui, par conséquent, doit avoir une part dans le partage. Le principe est donc celui-ci : si un enfant qui aurait dû concourir au partage entre héritiers n'a pas de part dans le partage fait par l'ascendant, ce partage est frappé de nullité radicale, il est inexistant, comme on dit dans le langage de l'école.

100. Le principe s'applique sans difficulté au cas où un enfant naît postérieurement au partage, quand même il naîtrait après la mort de l'ascendant; il suffit qu'il soit conçu à sa mort pour être appelé à sa succession et, par conséquent, au partage (art. 725). Si le père ne l'y a pas compris, on se trouve dans le cas prévu par l'article 1078: il y a un enfant omis et, par conséquent, il n'y a pas de partage.

Si le père n'a pas compris dans le partage un enfant qui existait déjà à l'époque où il a distribué ses biens, ou qui est né postérieurement, et si cet enfant vient à mourir avant l'ascendant, le partage est valable, car il est fait, comme le veut l'article 1078, entre tous les enfants qui existent à l'époque du décès.

Il en serait de même si l'enfant omis renonçait ou était indigne. Cet enfant *existe,* à la vérité, au décès du père, mais il est étranger à l'hérédité, l'héritier renonçant étant considéré comme n'ayant jamais été héritier, et l'héritier indigne étant exclu de la succession au moment même où elle s'ouvre (art. 785 et 727); ils ne prendraient aucune part au partage qui se ferait *ab intestat,* donc ils ne doivent pas être compris dans le partage d'ascendant. Au point de vue de la succession, ils n'existent pas (1).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 225 et suiv., et notes 1-4. Duranton, t. IX, p. 630, nos 638-640.

101. L'omission d'un enfant adoptif entraînerait la nullité du partage. Cela n'est pas douteux, puisque, d'après l'article 350, l'adopté a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage.

Nous croyons qu'il en est de même de l'enfant naturel. La question est cependant controversée, comme tout ce qui concerne les enfants nés hors mariage. A notre avis, il n'y a aucun doute. Quand le partage se fait *ab intestat*, l'enfant naturel y doit être appelé, cela est décisif; si le père ne le comprend pas dans la distribution qu'il fait de ses biens, il y a un enfant omis et, par conséquent, le partage est nul. Qu'importe que l'enfant naturel ne soit pas héritier! cela n'empêche pas qu'il n'ait un droit héréditaire de même nature, quoique moins étendu que celui de l'enfant légitime. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. On craint que le père ne se serve du partage pour avantager son enfant au delà des limites légales. Mauvaise raison, car s'il y a avantage excessif, il pourra être réduit. Troplong donne encore une plus mauvaise raison : il y aurait, dit-il, trop d'inconvénients pour les mœurs dans un mélange de la filiation légitime et de la filiation illégitime. Voilà une de ces phrases qui abondent dans Troplong et que nous citons pour dégoûter nos jeunes lecteurs de la phraséologie. Le partage d'ascendant, loin de *mélanger* la filiation légitime et la filiation illégitime, prévient tout conflit, tout concours même entre les enfants légitimes et l'enfant naturel, puisqu'il prévient le partage *ab intestat* auquel, en dépit des mœurs, l'enfant naturel aurait le droit de concourir. Genty est venu augmenter ce chaos d'opinions antijuridiques, en imaginant un nouveau système; nous croyons inutile de réfuter ces théories imaginaires : le lecteur peut consulter Réquier (1).

Il suit de là que si le père reconnaît après le partage un enfant naturel, le partage sera nul, puisqu'un

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 226, note 5. Réquier, p. 215, n° 119. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 629, n° 635. Troplong, n° 2324 (t. II, p. 314). Genty, p. 101 et suiv.

enfant qui aurait dû y avoir une part n'y a pas été compris (1).

N° 2. DES PETITS-ENFANTS.

102. La loi met les petits-enfants sur la même ligne que les enfants du premier degré (art. 1078). Si donc, lors du partage, il y a un enfant prédécédé, l'ascendant doit comprendre les petits-enfants dans le partage; l'esprit de la loi veut même qu'il fasse le partage entre les enfants de chaque souche, sinon une partie de la succession resterait indivise, ce qui nécessiterait un partage *ab intestat;* or, la loi n'autorise le partage d'ascendant que pour empêcher les partages entre héritiers (2).

103. Si l'enfant compris dans le partage vient à prédécéder à l'ascendant, et qu'il laisse des descendants, le partage sera-t-il nul pour cause d'omission? Si le partage est fait par donation, on ne peut pas dire que les petits-enfants soient omis, puisque leur père y est compris. L'enfant du premier degré a recueilli les biens et, à sa mort, il les transmet à ses descendants; donc ceux-ci ne peuvent pas dire qu'ils ont été omis. Il est vrai qu'ils peuvent renoncer à la succession de leur père et venir à la succession de leur aïeul, mais s'ils y viennent avec des enfants du premier degré, c'est par représentation; or, les représentants n'ont d'autres droits que ceux qu'auraient eus les représentés s'ils avaient survécu; et, dans l'espèce, le représenté a eu sa part, donc ses enfants n'ont rien à réclamer de son chef (3).

104. Si le partage est fait par testament et si l'un des enfants qui y sont compris vient à prédécéder, ses descendants doivent-ils être considérés comme omis ou prennent-ils par représentation la part de leur père? Cette question est controversée, et il y a des doutes très-sérieux. Si l'on admet que les enfants copartagés, en

(1) Angers, 16 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 2, 180). Réquier, p. 301.
(2) Réquier, p. 303, n° 162.
(3) Duranton, t. IX, p. 632, n° 641. Genty, p. 209, n° 30. Aubry et Rau, t. XI, p. 227, note 7. Demolombe, t. XXIII, p. 158, n°s 162 et suiv.

vertu d'un testament, viennent à la succession comme héritiers légitimes, il n'y a plus de difficulté; la conséquence du principe sera que l'on doit appliquer les règles qui régissent la succession légitime; or, dans la succession *ab intestat*, les descendants d'un enfant prédécédé représentent leur père; ils sont donc compris dans le partage. Nous n'avons pas admis cette doctrine, parce qu'il est impossible de considérer comme héritiers *ab intestat* ceux qui recueillent des biens en vertu d'un testament. Ils ne peuvent être que des légataires; dès lors si l'un des enfants prédécède, le legs qui lui a été fait devient caduc (art. 1039); ses enfants ne le représentent pas, ils sont omis, et partant ils peuvent demander un nouveau partage, à moins qu'ils ne veuillent se contenter du lot attribué à leur père. Cela est logique, mais cela est peu en harmonie avec la raison sur laquelle se fonde la caducité du legs en cas de prédécès du légataire. Les legs se font par affection pour la personne du légataire, ils doivent donc tomber avec lui. Mais peut-on dire que le père qui fait le partage de ses biens entre ses enfants n'y comprenne pas ses petits-enfants, en cas de prédécès de leur père? Non, certes. Il y a donc conflit entre l'esprit et le texte. Nous croyons que le texte doit l'emporter; admettre les enfants à représenter un légataire prédécédé, c'est faire exception à la loi et aux principes; le législateur seul a ce droit. Il y a en faveur de notre opinion un arrêt très-bien motivé de la cour d'Agen, et la décision a été défendue par un magistrat de cette cour dans une excellente dissertation (1).

On a proposé d'admettre les descendants de l'enfant prédécédé en vertu d'une substitution vulgaire tacite (2). Nous avouons que nous ne comprenons pas ce que cela veut dire. Que le père appelle les petits-enfants en cas de prédécès de l'enfant, ou que la loi sous-entende une

(1) Agen, 23 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 17, et la note). En sens contraire, Genty, p. 209, n° 30; Demante, continué par Colmet de Santerre, p. 462, n° 243 *bis* IX, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 227 et note 7).

(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 115, n° 147.

substitution, cela est en harmonie avec les principes. Mais que l'interprète imagine et crée une substitution de sa propre autorité, cela n'est pas admissible, à moins qu'on ne reconnaisse au juge le pouvoir de faire la loi.

ARTICLE 2. Du partage nul.

§ Ier. *Des causes de nullité.*

105. Le partage d'ascendant doit se faire par donation ou par testament; la loi déclare qu'il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les dispositions entre-vifs ou testamentaires. Donc les causes de nullité des donations et testaments reçoivent leur application au partage d'ascendant. C'est le droit commun. La jurisprudence a appliqué ce principe (1), et cela ne fait aucun doute. La loi prévoit une cause spéciale de nullité, c'est la lésion, et elle ajoute que le partage peut aussi être attaqué pour atteinte portée à la réserve (art. 1079).

§ II. *De la rescision pour cause de lésion.*

No 1. QUI PEUT DEMANDER LA RESCISION?

106. L'article 1079 dit que le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart. C'est l'application au partage d'ascendant du principe établi par l'article 887 pour les partages faits entre les héritiers; il y a lieu à rescision lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart, c'est-à-dire quand la valeur des objets mis dans son lot est inférieure de plus d'un quart au montant de la part héréditaire qu'il aurait dû recevoir. Le principe étant identique, nous renvoyons au titre des *Successions* pour tout ce qui est commun aux deux espèces de partage en ce qui concerne la lésion.

107. Pour savoir si un enfant est lésé de plus du quart par le partage d'ascendant, il faut considérer uniquement les objets qui forment la matière du partage;

(1) Lyon, 30 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57).

on n'a pas égard à la masse totale des biens qui composent le patrimoine de l'ascendant. Le texte de l'article 1078 le dit : c'est le partage qui doit produire la lésion de plus du quart pour qu'il puisse être attaqué; et dès qu'un des enfants est lésé, dans cette distribution, de plus du quart, il peut agir en rescision.

Le principe est admis par tous les auteurs, et les conséquences qui en découlent sont évidentes. On suppose que le partage ne lèse aucun des copartagés, et il n'y a de lésion que lorsqu'un enfant n'a pas les trois quarts de sa part héréditaire. Mais l'un d'eux se plaint que l'ascendant a fait des libéralités, que par suite de ces donations et du partage des biens il n'a pas les trois quarts des biens composant le patrimoine de l'ascendant. Il y a donc une inégalité entre lui et ses copartagés; lui donne-t-elle le droit d'attaquer le partage? Il faut distinguer. Si la réserve de l'enfant inégalement partagé est restée entière, il n'a aucune action. Il n'a pas l'action en rescision du partage pour cause de lésion, parce que le partage ne le lèse pas, il y a obtenu les trois quarts de sa part héréditaire; et il ne peut pas attaquer le partage pour atteinte portée à sa réserve, puisqu'il a reçu la portion de biens qui lui est réservée. Mais si la réserve est entamée, l'enfant pourra se prévaloir de la seconde partie de l'article 1079 qui permet d'attaquer le partage dans le cas où il résulte du partage et des libéralités faites par préciput que l'un des copartagés obtient un avantage plus grand que la loi ne le permet. Nous expliquerons plus loin cette seconde disposition de l'article 1079 (1).

Que si un enfant n'a pas eu les trois quarts de sa part héréditaire dans les objets partagés par l'ascendant, il a le droit d'attaquer le partage pour cause de lésion, alors même qu'il aurait reçu une libéralité par préciput et que cette donation ajoutée à son lot lui donne les trois quarts, et au delà, de la part qui lui appartiendrait dans la masse totale des biens de l'ascendant, s'ils avaient tous fait l'objet du partage. Dira-t-on qu'en définitive cet en-

(1) Nîmes, 7 avril 1856 (Dalloz, 1857, 2, 43). Caen, 31 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154).

fant n'est point lésé, puisqu'il a plus que les trois quarts du patrimoine de son père? On répond, et la réponse est péremptoire, qu'il est lésé légalement; en effet, il n'a pas eu les trois quarts de sa portion héréditaire dans les biens que son père a distribués; il est donc lésé, d'après l'article 1078, et partant il peut demander la rescision du partage (1).

108. L'enfant est lésé de plus du quart dans un partage entre-vifs. Dans l'opinion générale, l'action en rescision ne s'ouvre qu'à la mort, comme nous le dirons plus loin. A ce moment, il se fait un partage supplémentaire des biens que l'ascendant n'a pas distribués. Faut-il réunir les deux partages pour estimer s'il y a lésion? Si l'ascendant lui-même avait fait plusieurs partages, l'affirmative ne souffrirait aucun doute. Il a pu corriger par un second l'inégalité qui se trouvait dans le premier. D'ailleurs les deux actes, quoique faits à des dates différentes, comprennent la distribution d'un seul et même patrimoine et, par suite, un seul et même partage. Il faut donc combiner les deux actes pour évaluer la part héréditaire de l'enfant qui attaque le partage et pour estimer la lésion. La doctrine est d'accord sur ce point avec la jurisprudence (2). Dès lors il en doit être de même si les héritiers font le partage des biens restés indivis; les héritiers auront fait ce que l'ascendant pouvait faire, en réparant la lésion qui résultait du partage. Légalement il n'y a plus de lésion quand, en vertu de ce partage fait en plusieurs actes, l'enfant n'est pas lésé de plus du quart (3).

N° 2. DE L'ACTION EN RESCISION.

I. *Quand s'ouvre-t-elle?*

109. Nous entrons ici dans un ordre de questions d'une difficulté extrême; il n'y en a pas sur lesquelles la

(1) Duranton, t. IX, p. 639, n° 648, p. 640, n° 649. Demante, t. IV, p. 475, n° 247 *bis* I. Genty, p. 305. Aubry et Rau, t. VI, p. 234 et note 5. Demolombe, t. XXIII, p. 167, n° 176. Comparez Réquier, p. 323, n° 179.

(2) Cassation, 18 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 55). Aubry et Rau, t. VI, p. 234 et Demolombe, t. XXIII, p. 173, n° 179.

(3) En sens contraire, Réquier, p. 318, n° 177.

jurisprudence ait tant varié, et elle n'est pas encore fixée, la lutte des cours d'appel contre la cour de cassation dure toujours ; l'on ne doit pas s'en étonner, puisque la cour de cassation elle-même a été divisée, la chambre des requêtes jugeant en un autre sens que la chambre civile. La doctrine, longtemps unanime, a changé avec la jurisprudence, et il serait bien téméraire d'affirmer qu'elle soit arrivée à une solution définitive. Il n'y a qu'un moyen de ne pas s'égarer dans cette mer de doutes, c'est de s'en tenir strictement au texte de la loi. A notre avis, la première jurisprudence de la cour de cassation a pour elle le texte (1) ; ce qui n'empêche pas qu'il n'y ait en faveur de la jurisprudence nouvelle de puissantes considérations ; mais elles sont à l'adresse du législateur plutôt que du domaine de l'interprète.

110. Quand s'ouvre l'action en rescision pour cause de lésion? Lorsque le partage d'ascendant est fait par acte de dernière volonté, il n'y a aucun doute; le partage n'existe qu'à la mort du testateur, c'est à cette époque que s'ouvrent les actions qui le concernent. La question ne se présente donc que pour le partage entre-vifs. Rappelons d'abord les principes élémentaires qui régissent les actions en nullité ou en rescision d'un contrat. Elles s'ouvrent dès que le contrat est parfait : ce principe est établi implicitement par l'article 1304, comme nous le dirons au titre des *Obligations ;* il n'est pas contesté. C'est un principe général; tout acte juridique peut être attaqué dès qu'il existe. Il y a une raison de plus d'appliquer ce principe aux actions en nullité d'un contrat; la loi établit à leur égard une prescription spéciale, celle de dix ans. Cette prescription n'est autre chose qu'une confirmation tacite; le silence des parties contractantes, qui savent qu'elles ont le droit d'agir et qui n'agissent pas, est considéré par la loi comme une confirmation du contrat.

Les principes généraux reçoivent leur application dans

(1) Rejet, 4 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49). Cet arrêt, rendu sur le rapport de Lasagni, a été célébré comme un arrêt-principe. Deux ans plus tard, la chambre civile se prononça pour l'opinion contraire. Voyez p. 143, note.

tous les cas où la loi n'y déroge pas. Notre question se réduit donc à savoir si le code déroge, au chapitre des partages d'ascendants, à la règle que nous venons de rappeler. L'article 1079, le seul qui traite de l'action en rescision, se borne à dire que le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart. Il n'y a certes dans ces termes aucune dérogation au droit commun; on pourrait dire plutôt que le texte décide la question dans le sens du principe général établi par l'article 1304. C'est *le partage fait par l'ascendant* qui peut être attaqué; donc dès qu'il est fait, il peut l'être. Et quand le partage est-il fait lorsque l'ascendant distribue ses biens entre-vifs? L'article 1076 répond qu'il faut appliquer à ce partage les règles qui régissent les donations. Donc le partage existe, il est parfait quand la donation est parfaite; et la donation, comme tout contrat, se parfait par le concours du consentement des parties contractantes. Le partage existant à partir de la perfection du contrat, c'est de ce moment qu'il peut être attaqué (1).

Qu'oppose-t-on aux principes et au texte? Dans l'opinion qui enseigne que le partage fait par donation ne produit les effets d'un partage qu'à la mort de l'ascendant donateur, on objecte naturellement que le partage ne peut être attaqué tant qu'il n'existe pas, qu'il ne peut donc l'être du vivant de l'ascendant. Nous avons combattu cette doctrine (n° 89) comme contraire au texte, et nous rejetons la conséquence que l'on en déduit par le même motif. On n'a qu'à comparer les arrêts de la cour de cassation avec le texte du code pour se convaincre qu'ils font dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. La cour dit que, pendant la vie de l'ascendant, le partage ne produit que les effets d'une donation, que c'est seulement à sa mort qu'il y a partage. Le code dit que l'ascendant peut partager ses biens entre-vifs, par donation, et que ce partage, comme toute donation entre-vifs, produit ses effets

(1) Duranton, t. IX, p. 638, n° 647, et tous les anciens auteurs, de même qu'un grand nombre d'arrêts (voyez la note de Dalloz, 1847, 1, 197).

actuellement et irrévocablement. Donc il y a partage, et partant il peut être attaqué.

Les auteurs qui se rangent à l'avis de la cour de cassation disent que le partage entre-vifs a deux caractères : l'un, actuel et immédiat, celui d'une donation : l'autre, futur et éventuel, celui de partage (1). De sorte que lorsque la loi dit que l'ascendant peut distribuer ses biens entre-vifs, cela signifie qu'il peut les partager à cause de mort. Il est difficile de se mettre en opposition plus directe avec la loi. Les auteurs se mettent encore en opposition avec eux-mêmes ; ils enseignent, à l'exception de Genty, que le partage fait par donation donne immédiatement aux copartagés les priviléges qui naissent du partage ; ils admettent que l'obligation de garantie existe entre eux. Voilà donc la donation qui produit les effets d'un partage du vivant de l'ascendant ; et, après cela, on dit que le partage d'ascendant n'est un partage qu'après la mort de l'ascendant. La contradiction est palpable. Conçoit-on qu'un seul et même acte soit un partage à certains égards et ne soit pas un partage à d'autres égards? Pour établir des distinctions pareilles, il faudrait un texte, et le seul texte que nous ayons dit que l'acte par lequel l'ascendant distribue ses biens entre ses enfants est un partage. Si c'est un partage, il doit produire tous les effets d'un partage, donc aussi pour les copartagés le droit de l'attaquer.

111. A l'argument de texte on oppose un argument également emprunté au texte. L'action en nullité pour cause d'omission de l'un des enfants ne prend naissance qu'à l'époque du décès, dit-on ; or, l'article 1079 fait suite à l'article 1078 ; il faut l'interpréter dans le même sens, en y sous-entendant les mots *à l'époque du décès* (2). Convenons que c'est une singulière interprétation textuelle que celle qui *sous-entend* dans un article des mots qui ne s'y trouvent pas. L'interprétation est encore plus singulière quand on compare les deux dispositions qui, dit-on,

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 238, n° 220.
(2) Demolombe, t. XXIII, p. 234, n° 220.

sont conçues dans un esprit identique. Dans l'article 1078, il s'agit d'un partage inexistant, tandis que l'article 1079 prévoit le cas d'un partage rescindable. Lorsque le partage est inexistant, on ne peut pas demander à quelle époque naît l'action en nullité, puisqu'il n'y a pas d'action en nullité; les enfants ont le droit de demander un nouveau partage; quand peuvent-ils le demander? A la mort de l'ascendant, puisqu'on ne saura qu'à sa mort s'il y a un enfant omis. Il en est tout autrement quand le partage est rescindable pour cause de lésion; la lésion est un vice, comme l'erreur, la violence et le dol; lorsque le consentement est vicié, il y a lieu à action en nullité, ou en rescision immédiatement; pourquoi attendrait-on jusqu'à la mort de l'ascendant pour attaquer un partage qui est vicié dans son essence, puisqu'il blesse l'égalité?

Nous allons entendre la réponse de la cour de cassation (1). Les ascendants, dit-elle, ont l'entière faculté, leur vie durant, de disposer à titre gratuit des biens qu'ils possèdent. Sans doute, ils peuvent même donner tous leurs biens à l'un de leurs enfants, sans que les autres aient le droit de se plaindre. Mais quand, au lieu de les donner, ils les partagent, ils ne sont plus libres; celui qui fait un partage ne peut pas tout distribuer aux uns et rien, ou à peu près, aux autres; il doit respecter l'égalité; s'il la viole, l'acte sera rescindable. Oui, dit la cour, mais seulement à sa mort, parce que ce n'est qu'à sa mort que sa succession s'ouvre; jusqu'à son décès, aucun des enfants n'a de droit sur la fortune de l'ascendant, ils ne peuvent donc pas critiquer l'usage qu'il en a fait. Non, les enfants n'ont pas de droit sur les biens de leur père tant qu'il vit; mais le père leur donne un droit, en leur distribuant ses biens, et il faut que par une fiction on suppose qu'ils ont un droit, sinon le partage ne se concevrait pas; le père peut donner à qui il veut, il ne peut distribuer ses biens qu'à ceux qui y ont un droit préexistant. Cette fiction, sans laquelle le partage d'ascendant ne se comprend pas, ré-

(1) Rejet de la chambre civile, 30 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 197, sans motifs, bien que rendu après partage). Cassation, 14 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 203). Rejet, chambre civile, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 81).

pond aussi à ce que dit la cour de l'ouverture de la succession de l'ascendant. Elle ne s'ouvre qu'à la mort, cela est évident; mais pour qu'il y ait partage du vivant de l'ascendant, ne faut-il pas supposer qu'il y a des biens à partager, donc une succession ouverte par fiction? Et si la succession est ouverte pour en faire le partage, pourquoi ne serait-elle pas ouverte pour attaquer ce partage?

Cela ne se peut, dit la cour, parce que c'est seulement à la mort de l'ascendant que les obligations et les droits des héritiers les uns envers les autres sont fixés. L'argument est un peu vague; les cours d'appel sont plus explicites. C'est seulement à la mort de l'ascendant que l'on peut connaître les forces de son patrimoine; or, c'est une quotité de ce patrimoine qui est recueillie par chaque héritier d'après son droit héréditaire; il faut donc attendre la mort pour savoir s'il y a lésion (1). L'objection ne tient aucun compte du partage fait entre-vifs, partage qui implique l'ouverture fictive de la succession de l'ascendant et, par suite, l'exercice de tous les droits qui appartiennent aux héritiers. Un enfant est lésé par le partage, il a le droit immédiat d'agir en rescision; il tient ce droit de l'ascendant lui-même qui, en distribuant ses biens, donne à ses enfants la qualité d'héritiers dès son vivant. Cela n'empêchera pas, à la mort de l'ascendant, que les droits des héritiers ne soient réglés eu égard au patrimoine entier du défunt. S'il y a lieu à un partage supplémentaire, ce partage, dans l'opinion que nous avons enseignée (n° 108), est un suite de celui que l'ascendant a fait; les deux actes réunis ne font qu'un seul et même partage d'un seul et même patrimoine, et les droits des copartageants seront réglés en conséquence. En ce point, nous nous écartons de la jurisprudence première de la cour de cassation. Elle considérait le partage de l'ascendant et celui qui se fait à sa mort comme deux partages distincts et indépendants l'un de l'autre. Cette doctrine prêtait à des objections sérieuses; conçoit-on qu'il

(1) Pau, 9 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 2, 192). Poitiers, 5 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 119). Limoges, 3 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 176).

y ait deux partages, donc deux successions, d'une seule et même personne? Nous doutons que la fiction aille jusque-là; les fictions étant, de leur essence, contraires à la réalité des choses, on doit les renfermer dans les bornes les plus étroites. L'article 1079 dit, à la vérité, que les biens non compris dans le partage d'ascendant seront partagés à sa mort conformément à la loi, mais il ne dit pas que ce second partage sera isolé du premier et que, par suite, il y aura deux successions et, par conséquent, deux morts, l'une fictive, l'autre réelle. Il faut rentrer dans la réalité dès que la fiction n'oblige pas à s'en écarter.

112. Restent les considérations morales que les arrêts développent avec une grande force. L'ascendant ne doit rien à ses enfants tant qu'il vit, il se dépouille pour eux volontairement; les enfants doivent tout à leur père, alors même qu'ils sont inégalement partagés; et l'on veut qu'ils demandent la nullité d'un acte qui les gratifie, qu'ils accusent leur père de les avoir lésés, alors qu'en réalité il les a avantagés. Ce serait une impiété, dit la cour de Poitiers. Et que résultera-t-il de cette doctrine? Les enfants qui respectent leur père n'agiront pas; si l'on décide néanmoins qu'ils ont le droit d'agir, la prescription courra contre eux, et elle pourra être accomplie à la mort du père; ainsi les enfants respectueux perdront le droit d'attaquer le partage qui les lèse, tandis que les enfants qui oublient toute piété filiale agiront. Est-ce que le législateur doit prêter la main à ceux qui méconnaissent le premier de leurs devoirs? et peut-on admettre que les enfants qui remplissent leur devoir soient déchus de leur droit parce que le respect qu'ils doivent à leurs ascendants les a empêchés d'agir (1)?

Nous regrettons ce conflit entre le sens moral et le droit; ce sont de mauvaises lois, fussent-elles conformes aux principes, que celles qui blessent la conscience. Mais l'interprète ne peut pas se guider par des motifs d'intérêt

(1) Rejet, chambre civile, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 81). Paris, 8 avril 1850 (Dalloz, 1850, 2, 134). Toulouse, 22 mai 1863 (Dalloz, 1863, 2, 78).

général, c'est là la mission du législateur. On pourrait aussi invoquer en faveur de notre opinion des considérations d'ordre public; la cour de Dijon l'a fait (1). Les actions en nullité ont des conséquences funestes pour les tiers, et en compromettant les droits des tiers, elles ébranlent la stabilité de la propriété : c'est ébranler le fondement de la société. Cela est surtout vrai des partages qui intéressent des familles entières, ainsi que tous ceux qui sont en rapport avec elles; il importe de ne pas les annuler, et quand l'annulation devient nécessaire, il vaut mieux que l'action soit intentée de suite, au lieu d'être ajournée à la mort de l'ascendant. Ces motifs ont certes leur gravité, mais ils vont à l'adresse du législateur : lui se décide par des considérations d'intérêt public; l'interprète ne doit tenir compte que de la loi et des principes.

113. Il faut nous placer au point de vue de l'opinion générale, puisque celle que nous venons d'exposer est abandonnée par la jurisprudence et par la doctrine. Pendant la vie de l'ascendant, l'action en rescision ne peut être intentée; elle sommeille, dit la cour de Paris; dès lors les défendeurs peuvent opposer au demandeur en rescision une fin de non-recevoir; la cour devrait même l'opposer d'office, puisqu'elle est fondée sur des motifs d'ordre public (2).

La jurisprudence décide cependant que l'action en rescision est recevable, du vivant de l'ascendant, lorsque le partage est fait entre les enfants sans le concours du père. Voilà une décision très-logique en un certain sens, mais qui n'en ruine pas moins les bases de l'opinion générale. Le partage fait entre les enfants est un partage ordinaire, le respect de l'autorité paternelle est hors de cause; il n'y a donc aucune raison qui défende aux enfants d'agir (3). Nous n'avons garde de le contester. Mais que devient alors la doctrine qui ajourne à la mort de l'ascendant les

(1) Dijon, 11 mai 1844 (Dalloz, 1845, 1, 51).
(2) Paris, 8 avril 1850 (Dalloz, 1850, 2, 134).
(3) Riom, 4 août 1866 (Dalloz, 1866, 2, 153). Rejet, chambre civile, 16 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 153); Lyon, 23 mai 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112); Bordeaux, 8 mars 1870 (Dalloz, 1871, 2, 202).

effets du partage qu'il fait entre-vifs? Ce n'est pas lui qui a procédé au partage, soit; mais le partage s'opère en vertu de la donation qu'il a faite à ses enfants en vue de leur distribuer ses biens. Il y a, en tout cas, un partage, puisque les cours admettent l'action par laquelle on demande sa rescision. Or, peut-il y avoir partage du vivant de celui dont on se partage les biens? S'il peut y avoir partage, il y a par cela même une succession ouverte, car sans succession il ne saurait y avoir de partage. C'est là précisément ce que nous soutenons. Que s'il y a partage quand les enfants se distribuent les biens, pourquoi n'y en aurait-il pas lorsque c'est l'ascendant qui fait cette distribution?

II. *Dans quel délai l'action doit-elle être intentée?*

114. Quand le partage est fait par donation entre-vifs, l'action en rescision doit être intentée dans le délai de dix ans. C'est l'application de l'article 1304, qui est ainsi conçu : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une *convention* n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Or, le partage entre-vifs est une convention, puisqu'il ne peut se faire que par donation; donc la prescription spéciale de l'article 1304 doit recevoir son application.

En est-il de même lorsque le partage se fait par testament? La négative n'est pas douteuse. On ne peut pas appliquer la prescription spéciale et exceptionnelle de l'article 1304, puisque le testament n'est pas une convention; or, dès que l'on n'est pas dans le cas de l'exception prévue par l'article 1304, on rentre dans la règle générale de l'article 2262, d'après laquelle toutes les actions se prescrivent par trente ans. Cependant la question est controversée, comme si tout, en cette matière, devait être douteux. Duranton étend au partage testamentaire ce que nous venons de dire du partage entre-vifs. Nous croyons inutile de combattre cette erreur, car erreur il y a; il

suffit de lire l'article 1304 pour s'en convaincre (1). Nous reviendrons, du reste, sur les principes au titre des *Obligations*.

115. Quand le délai commence-t-il à courir? Le partage testamentaire est régi par le droit commun; l'action en nullité d'un testament s'ouvre à la mort du testateur, le délai doit donc courir de ce moment. On a dit que le délai ne court que du jour de la découverte du testament (2); c'est l'application du principe *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Cette maxime n'est pas écrite dans nos lois. L'article 2251 dit, au contraire, que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi; et il n'y a pas de loi qui suspende le cours de la prescription à raison d'un empêchement de fait qui ne permet pas d'agir. Nous reviendrons sur cette matière au titre de la *Prescription*.

116. Quand le partage se fait par donation, le délai devrait aussi courir à partir du moment où la donation est parfaite. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux, puisque nous admettons que le partage existe avec tous ses effets dès que la donation est parfaite ; que, par suite, les enfants peuvent agir en rescision du vivant de l'ascendant. Dans l'opinion contraire, il n'y a pas de partage pendant la vie du donateur, le partage n'existe qu'à la mort; la prescription de l'action en nullité ne peut donc courir qu'à partir de la mort de l'ascendant (3).

Telle est la conséquence logique de la nouvelle doctrine admise par la jurisprudence. Les arrêts de la cour de cassation qui la consacrent ne font guère que répéter les motifs généraux que nous avons exposés, n[os] 111, 112 (3). La chambre des requêtes s'est ralliée à l'opinion qui l'a

(1) Cassation, 25 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 425). Aubry et Rau, t. VI, p. 257 et note 18; Réquier, p. 413, n° 229. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 638, n° 646.

(2) Duranton, t. IX, p. 638, n° 646.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 236, et notes 15 et 16, et les autorités qui y sont citées. Comparez Réquier, p. 421, n° 235.

(4) Cassation, 30 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 193, sans motifs). Cassation, 16 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 1, 237). Rejet, chambre civile, 28 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 82).

emporté à la chambre civile, sans donner aucun motif de sa décision, comme si elle le faisait à contre-cœur et pour ne pas affaiblir l'autorité de la cour suprême (1). Les cours d'appel motivent leurs décisions avec plus de soin ; les développements qu'elles donnent à l'opinion qui est aujourd'hui dominante soulèvent plus d'un doute. Nous lui avons reproché de se mettre en opposition avec le texte de la loi, en effaçant dans le partage d'ascendant le caractère de partage et en s'attachant exclusivement à l'élément de donation. La cour de Bordeaux ne donne même plus le nom de partage à l'acte par lequel le père distribue ses biens entre ses enfants, elle l'appelle un abandon, et dit que c'est une pure libéralité, laquelle ne saurait léser les enfants (2). Evidemment. Mais est-ce là ce que dit la loi? Le chapitre VII est-il intitulé des *Libéralités* qu'un ascendant fait à ses descendants? Il porte pour titre des *Partages* faits par père et mère; et l'article 1er du chapitre dit que les ascendants pourront faire, entre leurs enfants, le *partage* et la *distribution* de leurs biens ; la loi emploie deux mots pour caractériser l'acte par lequel l'ascendant remet ses biens à ses enfants ; il n'y est pas encore question de libéralité. Le caractère dominant de l'acte est donc celui de partage. Vient ensuite l'article 1076 qui dit comment le partage peut et doit se faire quand le père distribue ses biens entre-vifs; dans ce cas, le père est obligé de suivre les formes, les conditions et les règles des donations. La donation est donc l'élément accessoire du partage d'ascendant; c'est altérer la loi que de dire, comme le fait la jurisprudence, que l'enfant est un *simple donataire* (3); il est, avant tout, un copartagé; or, s'il ne peut être lésé comme donataire, il est certain qu'il peut l'être comme copartagé. La cour d'Orléans, dans un arrêt très-bien motivé, dit que le partage entre-vifs est une *libéralité accompagnée d'un partage* (4). C'est le contre-pied de la

(1) Rejet, 18 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).
(2) Bordeaux, 30 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 37).
(3) Agen, 17 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297).
(4) Orléans, 17 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 270).

loi ; elle dit que c'est un acte par lequel l'ascendant partage et distribue ses biens entre ses enfants, et que si le père veut le faire de son vivant, il doit employer les formes et observer les conditions et les règles prescrites pour les donations. La différence entre la jurisprudence et la loi est capitale : le code dit que l'ascendant fait le partage et la distribution de ses biens, ce qui implique un acte à titre onéreux, un droit des enfants, un acte dans lequel le père doit observer le principe de l'égalité sous peine de nullité : les tribunaux disent que l'enfant est sans droit, qu'il est un simple donataire, qu'il reçoit une pure libéralité, et dans cet ordre d'idées on ne conçoit certes pas qu'il soit lésé. Ce qui a trompé les tribunaux, c'est qu'ils n'ont tenu aucun compte de la fiction qui se trouve dans le partage d'ascendant ; dans la réalité des choses, les enfants n'ont aucun droit sur les biens de leur père tant qu'il vit, mais le père leur reconnaît des droits en déclarant sa succession fictivement ouverte et en partageant en conséquence, entre ses enfants, des biens dont ceux-ci sont censés copropriétaires par indivis. Sans cette fiction, le partage d'ascendant est un non-sens. Avec la fiction, tout s'explique, non sans difficulté, il est vrai ; rien n'est plus difficile que de tracer les limites dans lesquelles on doit circonscrire les fictions. La jurisprudence se facilite la tâche, mais c'est en supprimant la fiction.

117. L'application du principe généralement admis a donné lieu à une difficulté. Il se trouve, au décès du père, des biens non partagés ; l'action en rescision pour cause de lésion contre le partage fait entre-vifs court-elle, dans ce cas, à partir du décès ou à partir du partage des biens indivis ? La cour de cassation a décidé que la prescription court à partir du décès. Dès ce moment le partage existe, d'après la jurisprudence, et, par conséquent, la prescription de l'action en rescision doit courir (1). La décision est logique, mais elle témoigne contre le principe admis par la jurisprudence. Que dit-on pour combattre la pre-

(1) Rejet, 27 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 216).

mière jurisprudence de la cour de cassation? Que l'action en rescision ne peut être intentée du vivant de l'ascendant, parce qu'il peut se trouver des biens à sa mort et que la lésion doit se calculer sur tout le patrimoine de l'ascendant, vu qu'il n'y a pas deux successions mais une seule (n° 110). Eh bien, voilà la cour de cassation qui permet de rescinder le partage entre-vifs avant que l'on ait partagé les biens qui restent dans la succession *ab intestat*, avant que l'on ait pu constater la valeur du patrimoine et s'assurer s'il y a lésion. La contradiction est évidente; il est certain, et la cour l'avoue, que le second partage peut avoir de l'influence sur l'action en rescision; si, malgré cela, elle admet que l'action en rescision peut être intentée de suite et avant le second partage, pourquoi ne pourrait-elle pas être formée du vivant de l'ascendant aussi bien qu'après sa mort?

118. Il arrive souvent que les père et mère distribuent leurs biens à leurs enfants par un seul et même acte, en confondant les biens paternels et maternels dans une masse commune. Nous avons fait des réserves contre cette manière de procéder (n° 48); à notre avis, chacun des père et mère ne peut partager que les biens qui lui appartiennent, car si le partage est une distribution de biens, il est aussi une donation; et peut-on donner des biens dont on n'est pas propriétaire? Les difficultés auxquelles donne lieu l'action en rescision de ces partages cumulatifs confirment nos doutes. Dans notre opinion, il n'y en a aucune; l'action en rescision pouvant être intentée du vivant des père et mère, peut l'être à plus forte raison après la mort de l'un d'eux. Dans le système de la jurisprudence, l'action ne s'ouvre qu'à la mort de l'ascendant. Faudra-t-il que l'enfant attende la mort du survivant pour agir? C'est la doctrine consacrée par la jurisprudence; les auteurs l'admettent également avec une restriction que l'on trouve aussi dans les arrêts, pour le cas où les biens paternels et maternels, quoique partagés par un même acte, auraient été distribués comme des patrimoines distincts; il y a alors deux partages, compris dans un seul acte et, par suite, il n'y a aucune

difficulté à diviser l'action en rescision (1). Mais quand les biens ont été confondus, comment séparerait-on des clauses d'un même acte et scinderait-on un partage qui forme un tout indivisible dans la pensée des parties contractantes? La jurisprudence admet, à raison de cette indivisibilité, que l'action ne pourra être intentée qu'après la mort des deux époux (2). Il y a cependant des arrêts contraires (3), et les motifs qu'ils donnent nous paraissent décisifs. Y a-t-il réellement indivisibilité? L'indivisibilité ne résulte certes pas des choses qui font l'objet du partage; ce sont deux patrimoines distincts, donc la division est de droit. On l'avoue; l'indivisibilité, dit-on, résulte de l'intention des père et mère, et les enfants s'associent à cette pensée, puisqu'ils concourent au partage, au moins en l'acceptant. La question se réduit donc à savoir si les ascendants ont le droit de faire de leurs biens un tout indivisible, de sorte que le partage aussi devienne indivisible. Nous leur contestons ce droit. Chacun des époux ne peut donner que ce qui lui appartient, et les enfants ont le droit de réclamer leur réserve sur la succession de leur père et de leur mère; ceux-ci ne peuvent certes pas leur enlever ce droit, et les enfants n'y peuvent pas même renoncer du vivant de leurs père et mère, puisque ce serait renoncer à une succession future, et ces renonciations, comme tous pactes successoires, sont sévèrement prohibés (art. 791 et 1130). On invoque encore des motifs d'ordre moral : si les enfants ne peuvent pas agir contre leurs père et mère de leur vivant, à cause du respect qu'ils leur doivent, ils ne peuvent pas davantage actionner le survivant pour rompre un acte que celui-ci a entendu faire indivisiblement avec son conjoint. Sans doute, s'il y a quelque chose d'indivisible, c'est

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 250, n° 227. Toulouse, 22 mai 1863 (Dalloz, 1863, 2, 78).

(2) Lyon, 18 avril 1860 (Dalloz, 1861, 5, 339). Agen, 7 juin 1861 (Dalloz, 1861, 2, 116), et 1er juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 183). Toulouse, 22 mai 1863 (Dalloz, 1863, 2, 78). Rejet, 18 juin 1867 et 14 août 1866 (Dalloz, 1867, 1, 274, et 111).

(3) Agen, 17 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297), et 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

le respect que les enfants doivent à leurs père et mère; mais il est tout aussi évident que ce respect, considération purement morale, ne saurait rendre le contrat indivisible. Restent les difficultés de fait qui sont incontestables, mais dont le juge ne peut jamais se prévaloir pour repousser une demande.

Quoi qu'il en soit, l'opinion consacrée par la jurisprudence porte atteinte aux droits des enfants. A la mort de l'un de leurs père et mère, ils sont saisis par la loi des biens du prédécédé, ils y ont un droit actuel, immédiat, qu'aucune convention ne peut leur enlever. De quel droit la jurisprudence entrave-t-elle l'exercice de la propriété qui appartient aux enfants? La cour d'Agen dit très-bien que la volonté la plus expresse des père et mère ne saurait empêcher qu'au décès de l'un des donateurs les enfants n'aient une action pour réclamer leur part héréditaire sans qu'ils soient forcés, pour l'obtenir entière, d'attendre le décès du conjoint survivant.

III. *Estimation des biens.*

119. L'article 890 porte : « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. » Cette disposition, écrite au chapitre du *Partage des successions ab intestat,* reçoit-elle son application au partage d'ascendant? Si l'on admet, avec la première jurisprudence de la cour de cassation, que l'action en rescision s'ouvre du vivant de l'ascendant, la réponse n'est pas douteuse; le partage d'ascendant est un vrai partage, il implique que, par une fiction de la loi, la succession de l'ascendant est ouverte; le père distribue les biens entre ses enfants en leur lieu et place; cette distribution n'est que la liquidation et la répartition d'un patrimoine commun, l'égalité y doit présider comme dans les partages *ab intestat* que feraient les héritiers eux-mêmes; la lésion vicie donc le partage dans son essence. De là l'action en rescision. Comment saura-t-on s'il y a lésion? L'article 890 répond à la question; la règle qu'il établit découle de la nature des choses, c'est le bon sens qui la

dicte. Un enfant prétend qu'il est lésé de plus du quart par le partage d'ascendant; il faut qu'il prouve qu'il n'a pas reçu les trois quarts de sa part héréditaire, en estimant les biens d'après la valeur qu'ils avaient lors du partage. Une fois le partage consommé, si la part des copartageants a été égale, les augmentations ou les diminutions de valeur qui peuvent survenir sont pour le compte des copartagés; propriétaires incommutables des biens mis dans leur lot, les biens périssent, augmentent ou diminuent de valeur pour eux. La conséquence est incontestable dès que le principe est admis (1).

120. Le principe est rejeté aujourd'hui et par la jurisprudence et par la doctrine. En faut-il conclure que la conséquence tombe avec le principe? La question est vivement agitée et la lutte n'est pas terminée. La cour de cassation a déserté le système qui avait prévalu en 1845 devant la chambre des requêtes, sur le rapport de Lasagni, un des magistrats les plus distingués de la cour. Les cours d'appel ont plié sous l'autorité de la cour suprême, à l'exception de la cour d'Agen qui, sous l'inspiration d'un jurisconsulte distingué, M. Réquier, aujourd'hui son président, résiste à la cour de cassation avec une persévérance que nous admirons. Notre conviction est que la cour d'appel a raison contre la cour de cassation; ce qui complique singulièrement la difficulté, c'est que la doctrine de l'arrêt de 1845 n'est plus soutenue par personne. Tout le monde admet que l'action en rescision ne s'ouvre qu'à la mort. C'est une concession dangereuse, elle donne tous les avantages de la logique à la cour de cassation, tandis que l'opinion contraire semble illogique et condamnée d'avance par ses contradictions.

Nous-même, bien que nous ayons pris parti pour la première jurisprudence de la cour de cassation, nous ne voudrions pas admettre l'arrêt de 1845 dans toute sa rigueur. Il est trop absolu, et dans la matière du partage d'ascendant, toute doctrine absolue est suspecte; le par-

(1) Rejet, 4 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49). Dans le même sens, Rejet de la cour de cassation de Belgique, 7 août 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 144). Liége, 20 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 290).

tage entre-vifs, et c'est de celui-là qu'il s'agit, renferme deux éléments divers, à certains égards, opposés; c'est tout ensemble un acte de partage et un acte de disposition. De là d'inévitables conflits qui ressemblent à des contradictions. Il faut recourir à une fiction pour les expliquer; or, les fictions n'ont rien d'absolu, loin de là, elles sont contraires à la réalité des choses, et la vérité seule est absolue. Cest parce que l'arrêt de 1845 est trop absolu qu'il n'a pas fixé la jurisprudence. Mais la jurisprudence est allée trop loin dans sa réaction contre l'arrêt Lasagni. Il fallait écarter ce qu'il a de trop absolu et, par suite, d'erroné, et maintenir ce qu'il a de vrai. C'est ce travail difficile que nous allons entreprendre. Il est déjà fait à moitié. L'arrêt de 1845 admet qu'il y a deux successions, la première ouverte par le partage entre-vifs, la seconde ouverte par la mort de l'ascendant; et ces deux successions n'ont aucun rapport entre elles. C'est pousser la fiction jusqu'à l'absurde. On n'a pas manqué d'adresser ce reproche à la jurisprudence de la chambre des requêtes. Quoi! a-t-on dit. Deux successions! il y aurait donc deux morts! On peut répondre que la première mort est fictive; là n'est donc pas l'absurdité, elle consiste à admettre pour une seule personne deux patrimoines distincts, indépendants l'un de l'autre. La loi ne dit pas cela. Une seule et même personne ne peut avoir qu'un seul et même patrimoine; si ce patrimoine fait l'objet de deux partages, ce qui suppose deux successions, il faut s'arrêter et dire que la succession fictive et la succession réelle ne forment qu'un seul patrimoine; il faut donc repousser la conséquence que l'arrêt Lasagni tire de la fiction, en décidant qu'il n'y a pas même lieu au rapport fictif des biens partagés entre-vifs; nous l'avons dit ailleurs (1). Il faut rejeter encore cette autre conséquence que l'arrêt de 1845 déduit du principe, que le partage fictif et le partage réel sont étrangers l'un à l'autre : l'article 1076 ne dit pas cela, et on doit toujours se garder de pousser les fictions à bout; nous avons enseigné que les deux partages n'en

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 53, nos 33-35.

forment qu'un seul (n° 110); cela est évident quand on reste sur le terrain de la réalité : un seul patrimoine, une seul succession, un seul partage.

Ce sont ces exagérations qui ont empêché la chambre civile de consacrer la doctrine admise par la chambre des requêtes. Nous les écartons. Quand nous traiterons de l'action que l'article 1079 accorde à l'enfant pour cause d'atteinte portée à la réserve, nous dirons que l'arrêt de 1845 a encore eu tort de confondre cette action avec celle qui est fondée sur la lésion. Cette confusion s'est maintenue dans la jurisprudence; elle applique à la rescision peur cause de lésion ce qui, d'après les principes, n'est vrai que pour la réserve. La confusion a fait du tort à l'action en rescision, ainsi que tout ce qu'il y a d'erroné dans l'arrêt Lasagni. On a répudié le principe avec les fausses conséquences que la chambre des requêtes en avait déduites. Nous avons essayé de sauver le principe (n° 110), d'après lequel l'action en rescision s'ouvre du vivant de l'ascendant dès que le partage est parfait. Ce principe a aussi été rejeté. Tout le monde admet que la rescision ne peut être demandée qu'à la mort de l'ascendant donateur. De là une nouvelle difficulté : doit-on néanmoins faire l'estimation des biens à l'époque du partage?

121. Nous croyons que la question, même ainsi posée, doit être résolue affirmativement. La question de savoir à quelle époque s'ouvre l'action en rescision n'est pas identique avec la question de savoir à quelle époque les biens doivent être estimés pour déterminer le montant de la lésion. On conçoit que le cours de la prescription soit suspendu pendant la vie de l'ascendant; cela n'empêche pas que le partage existe de son vivant. Le nier, c'est effacer les articles 1075 et 1076 du code civil. Or, s'il y a partage, l'égalité y doit être observée au moment où l'ascendant le fait, comme elle devrait l'être si les enfants partageaient eux-mêmes les biens. Dès lors l'article 890 doit être appliqué au partage d'ascendant aussi bien qu'au partage *ab intestat*. Si l'enfant n'a pas reçu les trois quarts de sa portion héréditaire, d'après la valeur qu'avaient les

biens au moment du partage, il peut agir en rescision, et il n'aura pas l'action s'il a reçu les trois quarts. Peu importent les changements qui ont eu lieu dans la valeur des biens partagés postérieurement au partage; les biens étant devenus la propriété incommutable des enfants, ils sont à leurs risques, comme ils le sont dans un partage *ab intestat* (1).

La cour de cassation a consacré l'opinion contraire par de nouveaux arrêts. Nous avons dit plus haut (n° 116) que la jurisprudence fait dire à la loi tout le contraire de ce qu'elle dit. Que nos lecteurs en jugent. Voici ce qu'on lit dans l'arrêt le plus longuement motivé de la cour suprême (2); pour qui connaît les ouvrages de Troplong, il n'est pas douteux que l'arrêt n'ait été rédigé par le premier président; ce qui, à nos yeux, lui donne une plus grande autorité, c'est qu'il a été rendu sur les conclusions conformes du procureur général Delangle. L'arrêt commence par dire, dans le style de Troplong, que le partage ne fait que des donataires, que la mort de l'ascendant fait seule des héritiers : « Les successions ne s'ouvrent que par la mort; l'abandonnement et le partage faits par l'ascendant en contemplation de cette mort et des droits futurs de ses descendants à sa succession *ne sauraient leur conférer la qualité d'héritiers*. » S'ils ne sont pas héritiers, ils ne peuvent être que donataires, et s'ils ne sont que des donataires, on ne peut les considérer comme des *copartagés*. Est-ce là ce que dit le code? Aux termes de l'article 1075, l'ascendant peut faire entre ses descendants la *distribution* et le *partage* de ses biens; donc d'après la loi, les enfants sont des copartagés, partant des héritiers par fiction; tandis que, d'après la cour de cassation, ils ne sont pas des copartagés, ni des héritiers. L'antinomie est formelle.

La cour est obligée de reconnaître qu'il y a partage,

(1) Orléans, 27 décembre 1856 (Dalloz, 1858, 2, 77). La Guadeloupe, 3 mars 1858 (Dalloz, 1859, 2, 30).
(2) Cassation, 24 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 289). Comparez 4 juin 1862 (Dalloz, 1862, 1, 401); 28 juin et 29 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280 et 345).

mais, dit-elle, « c'est un partage destiné, dans la pensée de l'ascendant, à tenir lieu du partage légal au moment de l'ouverture de la succcssion. » C'est dire que le partage d'ascendant n'est qu'un partage apparent, que le vrai partage se fait à la mort. L'arrêt le dit : les enfants ne deviennent héritiers qu'à la mort et ce n'est qu'à ce moment qu'ils acquièrent la propriété à titre d'héritiers. Donc jusque-là ils ont possédé comme donataires. Est-ce là ce que dit le code? L'article 1076 porte : « Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs. » Donc c'est un partage que l'ascendant fait en empruntant à la donation ses conditions, ses règles et ses formes. Par conséquent les enfants sont des copartagés, et ils possèdent comme tels; or, posséder à titre de copartagés, c'est bien posséder à titre d'héritier, au moins fictif; donc, encore une fois, antinomie entre l'arrêt de la cour suprême et le texte du code.

A quoi tendent ces longs préliminaires? Au moment où la succession de l'ascendant s'ouvre, l'enfant n'est encore qu'un donataire, il va devenir un héritier, un copartagé; entre héritiers l'égalité doit régner, tandis qu'entre donataires il ne saurait être question d'égalité. Nous ne citons pas textuellement, la rédaction de l'arrêt est tellement embrouillée qu'on a de la peine à le comprendre; il suffira de transcrire quelques mots : « le partage fait par l'ascendant est un fait accidentel de l'homme auquel on ne peut attacher l'effet que la loi y attache, l'égalité entre les héritiers; ce droit naît du décès, lequel donne seul ouverture à la succession. » Est-ce que le code dit aussi que le partage d'ascendant n'est soumis à la loi d'égalité qu'à la mort de celui qui l'a fait? Le code appelle le partage d'ascendant fait par donation un partage entre-vifs (art. 1076). C'est ce partage entre-vifs qui peut être attaqué pour cause de lésion, c'est donc bien le partage fait par l'ascendant que la loi soumet à la loi de l'égalité dès son vivant; que l'on dise tant que l'on voudra que le partage est un fait accidentel de l'homme, c'est là une phrase, et cette phrase est en opposition avec le texte de la loi. Que parle-t-on du fait de l'homme? L'homme n'aurait pas pu

faire de son vivant le partage de ses biens; il a fallu que la loi l'y autorisât; tout, en matière de partage d'ascendant, est donc l'œuvre de la loi. Et si la loi a pu attacher au partage *ab intestat* la règle de l'égalité, elle a pu attacher le même effet au partage entre-vifs.

Nous arrivons à la conclusion. Elle est également enveloppée d'ambages et de circonlocutions; il faut presque la traduire pour la faire comprendre. Jusqu'à la mort de l'ascendant il n'y a que des donataires, les enfants deviennent héritiers seulement à l'ouverture de l'hérédité, c'est alors que l'apparence du partage devient une réalité; le droit à l'égalité date de ce moment; c'est donc à ce moment qu'il faut estimer les biens pour voir s'il y a lésion. Dans un arrêt récent, rédigé dans un esprit plus juridique, la doctrine de la cour est formulée en deux mots : le partage anticipé devient un partage légal lors de l'ouverture de la succession, donc c'est à cette époque qu'il faut estimer les biens, comme le dit l'article 890 (1). Rien de mieux si la loi ne disait le contraire, et elle le dit dans l'article 1076 : le partage entre-vifs a effet comme tel dès l'instant où la donation est parfaite. Il n'y a pas un mot dans nos textes d'où l'on puisse induire que le partage fait par ascendant ne devient un partage légal qu'à sa mort.

122. La seule cour d'appel qui ait résisté à la cour de cassation, c'est la cour d'Agen, présidée aujourd'hui par M. Réquier, l'auteur d'une excellente monographie sur le partage d'ascendant. Nous avons applaudi à cette résistance. Que l'on compare l'arrêt de 1868 rendu par la cour d'appel avec l'arrêt de la même année qui le casse et l'annule, et l'on sera obligé d'avouer que, pour la forme et le fond, l'arrêt d'appel est supérieur à l'arrêt de cassation. Tout partage, dit la cour d'Agen, est vicié dans son essence lorsque l'égalité a été violée dans les limites fixées par la loi. Cette règle, posée par l'article 887, a été déclarée commune aux partages d'ascendants par la première disposition de l'article 1079. La loi permet d'attaquer ces partages pour lésion de plus du quart. De quoi

(1) Cassation, 25 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).

s'agit-il dans l'action en rescision? Il s'agit uniquement de rechercher si l'ascendant a bien ou mal fait la répartition de son patrimoine, s'il a violé la règle de l'égalité d'une manière assez grave pour motiver l'annulation de l'acte. Pour procéder à cette vérification, il faut nécessairement se reporter au jour du partage et prendre les choses en l'état où elles étaient à cette époque. Pourrait-on déclarer le partage inégal alors que les lots étaient égaux lorsqu'ils ont été attribués aux copartagés? En vain dirait-on que, depuis le partage, tel objet a augmenté de valeur, que tel autre a perdu de la sienne; le partage ne peut être vicié par un fait postérieur que les parties n'ont pu ni dû prévoir; chacun des copartagés, devenu propriétaire incommutable du lot qui lui est échu, n'a aucun compte à rendre à ses cohéritiers de la plus-value que le temps ou toute autre circonstance a pu donner aux objets qui la composent, ni aucune réclamation à faire pour la dépréciation qu'ils ont pu éprouver. En estimant les biens suivant leur valeur au jour de l'acte, on ne fait qu'appliquer la règle écrite dans l'article 890; les partages d'ascendants doivent être soumis à cette règle parce que ce sont des partages et qu'aucune disposition de la loi ne les affranchit d'une règle de bon sens et d'équité (1).

L'arrêt répond ensuite aux objections; nous les connaissons et nous croyons y avoir répondu. On a contesté le principe qui sert de base à toute l'argumentation de la cour. Que l'égalité doive régner dans les partages faits entre des cohéritiers qui avaient un droit préexistant sur les objets partagés, cela est évident, dit-on; mais il en est tout autrement d'un partage qu'un propriétaire fait de ses biens entre des personnes qui n'y ont aucun droit. Quelle que soit l'inégalité de la répartition que le père fait de ses biens, les enfants n'ont pas à s'en plaindre, parce qu'ils n'ont aucun droit sur son patrimoine avant l'ouverture de sa succession. M. Réquier avait d'avance réfuté l'objection dans son Traité sur les partages d'ascendants. Sans doute, l'ascendant est libre de donner à

(1) Agen, 8 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 2, 241).

ses enfants ce qu'il veut et comme il le veut, s'il leur fait une donation en avancement d'hoirie que les donataires devront rapporter à sa succession; la succession ne se partage alors qu'à la mort du donateur et le rapport établit l'égalité entre ses héritiers. Mais si l'ascendant veut faire le partage de ses biens de son vivant, il est tenu de respecter l'égalité, qui est essentielle dans tout partage. Il exerce alors une faculté que la loi lui accorde dans l'intérêt de la famille, il veut prévenir les dissensions que ferait naître le partage auquel ses enfants procéderaient après sa mort; dans ce but il distribue lui-même ses biens entre eux, aussi la loi lui impose-t-elle l'obligation de respecter la loi d'égalité qui doit présider à tout partage (art. 1079) (1).

La cour d'Agen ainsi que M. Réquier insistent sur les conséquences funestes qui découlent de la doctrine que la jurisprudence a consacrée. Ce sont des faits qu'il importe de connaître. Dans l'espèce que nous venons de citer, le partage fait en 1841 conjointement par les père et mère entre leurs six enfants attribuait au fils aîné, qui habitait avec eux, le petit domaine composant toute leur fortune, moyennant diverses soultes qu'il paya à ses frères et sœurs pour compléter leur part. Vingt-deux ans s'écoulèrent depuis le partage jusqu'au décès du dernier mourant des auteurs communs; par l'effet de ce long temps et des soins que le fils aîné consacra à son héritage, les immeubles augmentèrent de valeur. Que font les autres enfants? Ils avaient profité des intérêts de leur dot, et maintenant ils viennent quereller leur frère pour avoir part à une plus-value absolument étrangère au partage. Un arrêt rendu en 1866 flétrit vivement cette manière d'agir. Les enfants qui, après une longue possession, venaient attaquer le partage étaient précisément ceux qui l'avaient sollicité pour leur avantage; en l'acceptant, ils avaient certes voulu traiter définitivement sur le pied de la valeur que les biens avaient à cette époque, ils ne pouvaient pas prendre en considération la valeur que les biens

(1) Note de M. Réquier, dans le Recueil de Dalloz, 1869, 2, 9.

auraient au décès de leur père, puisqu'ils n'en pouvaient prévoir le jour ; ils prétendaient maintenant changer les bases du pacte de famille auquel ils avaient concouru, qu'ils avaient provoqué; leur but n'était pas de faire un nouveau partage, mais d'imposer des conditions plus onéreuses à celui de leurs frères qui avait si longtemps exploité les biens. La cour a raison de dire que cette spéculation est peu honnête (1). Ces considérations de fait seraient sans valeur si elles ne trouvaient un appui dans la loi. La doctrine de la cour de cassation favorise malheureusement ces spéculateurs indélicats; car la cour casse systématiquement tous les arrêts de la cour d'Agen qui heurtent sa jurisprudence (2).

123. La doctrine est divisée. Troplong applaudit à la nouvelle jurisprudence; il enseigne comme auteur ce qu'il pratique comme magistrat, en insistant beaucoup sur des considérations morales (3). Sans doute il ne convient pas que les enfants viennent quereller l'œuvre de leur père tant qu'il vit; mais leurs critiques passionnées et malhonnêtes sont-elles plus morales quand elles s'adressent à sa mémoire? MM. Aubry et Rau ont changé d'avis sous l'influence de la jurisprudence (4). Il y a des auteurs qui n'admettent la doctrine de la cour de cassation qu'avec des restrictions que, du reste, la jurisprudence a consacrées. La jurisprudence favorise le système de M. Genty, qui ne voit dans les partages entre-vifs qu'un avancement d'hoirie; toutefois il propose d'appliquer à l'estimation des biens partagés la règle que le code établit pour le rapport des biens donnés sans dispense de rapport; le mobilier serait donc estimé sur le pied de la valeur lors de la donation et les immeubles d'après leur état lors de la donation, et leur valeur lors de l'ouverture de la succession, de sorte que l'on tiendrait compte au donataire des impenses qui ont amélioré la chose (art. 860 et 862). M. Demolombe donne son approbation à cet amendement,

(1) Agen, 16 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 123).
(2) Cassation, 25 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).
(3) Troplong, t. II, p. 316, n° 2331.
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 234, note 8; p. 236, note 16 (§ 734).

parce qu'il diminue les inconvénients qui résultent du système dominant (1). La cour de cassation applique le principe établi en matière de réduction par l'article 922, c'est-à-dire que tous les biens, sans distinction entre les meubles et les immeubles, seraient estimés suivant leur *état* au moment du partage et leur valeur au moment du décès (2). Il nous semble qu'il n'y a aucune analogie entre le rapport ou la réduction, et la rescision pour cause de lésion. Quand il y a lieu à rapport, les biens rapportés doivent rentrer dans la succession, et la succession ne peut s'avantager aux dépens de l'héritier donataire. Quand les biens sont réduits, il y a une raison analogue. Lorsqu'on attaque un partage pour cause de lésion, il s'agit uniquement d'estimer les biens qui ont fait l'objet du partage, c'est donc la valeur lors du partage qui doit seule être prise en considération.

Réquier dit qu'il a la ferme conviction que son opinion finira par triompher (3). Jusqu'ici il n'y a guère d'apparence que la cour de cassation revienne sur sa jurisprudence, et les auteurs qui ont écrit depuis M. Réquier se sont prononcés pour la doctrine que la cour a consacrée. C'est l'opinion de M. Bertauld (4) et de M. Barafort. Ni l'un ni l'autre n'ont apporté de nouveaux éléments dans le débat. La question est épuisée. M. Barafort dit, à l'appui de la jurisprudence, que le partage d'ascendant est, à la vérité, un partage, mais un partage provisoire ; il se fonde sur l'article 1078 qui déclare le partage nul quand un enfant y a été omis ; de là il conclut que le partage ne devient définitif qu'à la mort de l'ascendant, donc c'est à la mort seulement que l'on peut savoir si le partage est égal ou non. Cette argumentation n'est pas faite pour nous rallier à la doctrine de la jurisprudence. Il n'y a pas de partage provisoire ; de deux choses l'une : ou tous les enfants ont été compris dans le partage, alors il a toujours été définitif : ou il y a un enfant omis et, dans ce

(1) Genty, p. 317 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 245, n° 222.
(2) Cassation, 28 janvier et 29 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280 et 345).
(3) Réquier, *Des partages d'ascendants*, p. 349 et suiv., et p. 337, n° 187.
(4) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 91, n° 121.

cas, il n'y a jamais eu de partage, en ce sens qu'il est non existant et ne produit aucun des effets qui sont attachés au partage. M. Barafort fait valoir un autre motif qui a quelque apparence juridique et que M. Demolombe avait déjà proposé. L'action en nullité, en cas d'omission d'un enfant, et l'action en nullité pour atteinte portée à la réserve ne s'ouvrent qu'à la mort de l'ascendant; s'il y a lieu à une estimation des biens, c'est à ce moment qu'elle se fait; donc il en doit être de même de l'action en rescision pour cause de lésion, car la loi met toutes ces actions sur la même ligne (1). Il y a, dans cette identification des trois actions qui appartiennent aux enfants, une confusion complète de droits essentiellement différents. Quand les enfants agissent en vertu de l'article 1078, ils ne demandent pas la nullité du partage, ils provoquent un nouveau partage, comme le font des héritiers qui sont en état d'indivision. Lorsqu'un enfant attaque le partage pour atteinte portée à sa réserve, il ne demande pas non plus la nullité du partage, il demande un supplément de part, une indemnité du préjudice qu'il souffre, comme nous le dirons plus loin. Peut-on comparer des cas où il n'y a pas nullité à un cas où le partage est vicié et nul?

IV. *Procédure.*

124. L'action en rescision pour cause de lésion est empruntée au partage *ab intestat;* l'égalité doit régner dans le partage d'ascendant aussi bien que dans le partage fait entre héritiers. Il faut donc appliquer au partage d'ascendant les principes qui régissent la rescision du partage *ab intestat*. Il a été jugé en ce sens que l'article 1677 n'est pas applicable à l'action en rescision du partage d'ascendant. Aux termes de cet article, la preuve de la lésion en matière de vente n'est admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez graves et assez vraisemblables pour faire

(1) Barafort, *Des partages d'ascendants*, p. 72 et suiv., et p. 90.

présumer la lésion. La loi voit avec une espèce de défaveur la rescision de la vente; elle a été adoptée malgré une vive opposition, comme nous le dirons au titre de la *Vente*. La rescision du partage, au contraire, lorsqu'un enfant est lésé de plus du quart, est favorable, parce que c'est la sanction du principe d'égalité, et l'égalité est de l'essence du partage (1).

L'article 1678, d'après lequel la preuve de la lésion ne peut se faire que par un rapport de trois experts, n'est pas non plus applicable au partage d'ascendant. Il a été jugé que la demande peut être rejetée sans expertise, si les tribunaux possèdent des éléments suffisants pour apprécier la valeur des biens. L'expertise occasionnerait, en ce cas, des frais inutiles. La cour d'Agen, qui l'a décidé ainsi, dit très-bien : « Si la justice doit proscrire avec sévérité les partages d'ascendants quand ils sont le résultat d'une prédilection coupable du père pour l'un de ses enfants, elle doit protéger contre les entreprises de la mauvaise foi et de la cupidité ces pactes de famille qui donnent le repos à la vieillesse et des ressources aux enfants pour les utiliser dans l'agriculture et l'industrie, alors qu'ils ont été librement et honnêtement contractés (2). »

125. L'article 1080 porte : « L'enfant qui, pour l'une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation. » La loi a voulu prévenir, autant que possible, les procès qui n'auraient d'autre mobile que l'esprit de chicane et la mauvaise foi. De ce que le demandeur doit avancer les frais, il ne faut pas conclure qu'il soit obligé de les consigner. Cette mesure est prescrite aux étrangers, on ne peut l'étendre au delà du texte (3). La cour de Lyon a cependant jugé que les tribunaux peuvent ordonner la consignation lorsqu'elle leur paraît nécessaire (4). Cela est très-douteux, les tribunaux

(1) Riom, 10 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 255).
(2) Agen, 1er juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 183).
(3) Riom, 10 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 155).
(4) Lyon, 18 avril 1860 (Dalloz, 1861, 5, 338). En sens contraire, Réquier, p. 354, n° 190).

ne peuvent pas imposer des obligations aux plaideurs.

L'article 1080 ajoute que le demandeur en rescision supportera les frais de l'estimation ainsi que les dépens si sa réclamation n'est pas fondée. C'est le droit commun, d'après lequel la partie qui succombe est condamnée aux frais (c. pr., art. 130). On en a conclu, et avec raison, que le code civil déroge à la règle générale établie par l'article 131 du code de procédure qui permet au juge de compenser les dépens entre proches parents (1). Si la rescision est prononcée, on rentre sous l'empire du droit commun.

126. Quand la lésion de plus du quart est prouvée, le tribunal doit prononcer la rescision ; il ne peut pas se contenter d'accorder une indemnité au demandeur. C'est encore le droit commun, le juge doit adjuger ses conclusions au demandeur quand la demande est fondée sur la loi ; or, l'article 1079 est formel. Tout le monde est d'accord sur ce point, sauf le dissentiment de Zachariæ, dont l'opinion est restée isolée (2). Mais le défendeur peut invoquer le bénéfice de l'article 891 qui est ainsi conçu : « Le défendeur à l'action en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature. » C'est l'opinion de tous les auteurs. Il y a quelques arrêts contraires; l'erreur est trop évidente pour qu'il soit nécessaire d'y insister. L'action en rescision pour cause de lésion est identique, qu'il s'agisse du partage d'ascendant ou du partage *ab intestat*, elle est donc régie par les mêmes principes. D'ailleurs il y a analogie complète. Pourquoi la loi permet-elle au défendeur d'arrêter la demande en rescision en fournissant un supplément au demandeur? C'est qu'elle veut éviter les graves inconvénients qui résultent de l'annulation du partage. Les inconvénients seraient-ils par hasard moindres quand c'est l'ascendant qui partage? Ils sont, au contraire, plus grands, puisque,

(1) Réquier, et les auteurs qu'il cite, p. 354.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 234 et note 10. Demolombe, t. XXIII, p. 178, nº 184.

d'après la jurisprudence, l'action ne s'ouvre qu'après le décès de l'ascendant, et quand le partage se fait par père et mère, après le décès du dernier mourant; donc les rapports des copartagés avec les tiers auront créé de nombreux intérêts qui seraient blessés si le partage était annulé (1).

127. Les ascendants qui distribuent leurs biens entre leurs enfants ont employé un autre moyen pour mettre le partage à l'abri d'une action en rescision pour cause de lésion ; ils déclarent dans l'acte que si la valeur de quelque lot dépasse celle des autres, ils donnent ou lèguent cet excédant, par préciput et hors part, à celui qui aura ce lot. Cette clause est-elle valable? Nous n'y voyons aucun doute : le père ne fait qu'user du droit que la loi lui accorde d'avantager l'un de ses enfants dans les limites du disponible. Or, le père peut faire une libéralité par préciput dans l'acte qui contient le partage (2).

La cour de Montpellier l'a jugé ainsi. Dans l'espèce, l'ascendant avait ajouté qu'il réduisait à la réserve légale le donataire qui attaquerait le partage. La cour a aussi validé cette clause(3). Nous avons parlé ailleurs des clauses pénales ajoutées au partage d'ascendant (4); elles sont valables quand l'ascendant se borne à disposer de la quotité disponible sans entamer la réserve. On a contesté la validité de toutes ces clauses par le motif qu'elles avaient pour but d'interdire aux enfants l'action en rescision, c'est-à-dire d'user d'un droit qui leur est accordé par la loi. Il est certain que si le père défendait à ses enfants l'usage d'une faculté légale, la clause serait nulle. Si réellement l'égalité est blessée par le partage, les enfants doivent avoir le droit d'en provoquer la nullité. Mais si la réserve n'est pas entamée et qu'il n'y ait pas de lésion de plus du quart, le père a aussi un droit qui lui est accordé par la loi, celui de disposer de ses biens dans les limites du disponible.

(1) Duranton, t. IX, p. 643, n° 651 ; Demolombe, t. XXIII, p. 174, n° 181.
(2) Réquier, p. 352, n° 188, et les auteurs qu'il cite.
(3) Montpellier, 6 mars 1871 (Dalloz, 1871, 2, 252).
(4) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 632, n°s 486 et 487.

V. *Effet de la rescision.*

128. Quel est l'effet de la rescision? Ce mot a en droit le sens de nullité; l'article 1304 met l'action en rescision sur la même ligne que l'action en nullité quant à la prescription; au titre des *Obligations*, nous dirons qu'il n'y a plus de différence entre les deux actions dans le droit moderne. Lors donc que le juge prononce la rescision du partage d'ascendant, cet acte est annulé et, par suite, les copartagés sont replacés en état d'indivision. Cela n'est pas douteux quand le partage est testamentaire. Nous croyons qu'il en est de même quand le partage est fait entre-vifs. Il est vrai qu'avant le partage les biens n'appartenaient pas aux enfants, mais pour qu'il puisse y avoir partage, il faut que l'on suppose une indivision fictive. Dans l'opinion générale qui n'admet l'action en rescision qu'après la mort de l'ascendant, cela n'est pas douteux. Les enfants étant héritiers sont par cela même copropriétaires par indivis lorsque le partage est rescindé. Dans l'opinion que nous avons enseignée d'après la première jurisprudence de la cour de cassation, on pourrait dire que, le partage étant annulé, les biens retournent au donateur. Mais cela serait contraire à l'irrévocabilité du partage fait par donation; les biens sont devenus la propriété incommutable des enfants; ils sont copartagés, c'est-à-dire héritiers au moins par fiction, et ils restent héritiers, alors même que la distribution des biens qui leur a été faite vient à être rescindée (1).

129. La question que nous avons posée présente une autre difficulté. Si la rescision équivaut à la nullité, faut-il appliquer les principes qui régissent les actes nuls? Nous n'en faisons aucun doute. Ce qui est nul ne peut produire aucun effet; or, le partage est annulé, donc les enfants sont considérés comme n'ayant jamais été copartagés, c'est-à-dire qu'ils sont censés avoir été dans l'indivision

(1) En sens contraire, Réquier, p. 424 et suiv. Il y a une grande incertitude sur cette question dans la doctrine.

depuis l'acte de partage. De là suit que les actes de disposition qu'ils ont faits seront nuls, si les biens dont ils ont disposé ne tombent pas dans leur lot par le nouveau partage auquel ils procéderont; car, dans ce cas, ils sont censés n'en avoir jamais été propriétaires. Si les biens tombent dans leur lot, ils ont pu en disposer, puisqu'ils sont censés en avoir eu la propriété dès l'acte de partage. Ces conséquences dérivent du principe que le partage est déclaratif de propriété (art. 883).

M. Réquier enseigne que le partage, nul comme tel, vaudra comme donation en avancement d'hoirie; que, par suite, les enfants donataires seront tenus à rapporter les biens à la masse; d'où il conclut qu'il faut appliquer les principes qui régissent le rapport. Il en résulte que les actes d'aliénation faits par les donataires seraient maintenus, sauf à faire le rapport en moins prenant; tandis que les hypothèques et les autres droits réels tomberaient (art. 859 et 865) (1). En théorie, nous préférerions cette opinion à celle que nous venons de professer, parce qu'elle sauvegarde les intérêts des tiers acquéreurs. Mais nous ne voyons pas comment on la peut concilier avec les principes qui régissent l'indivision. Il faudrait supposer qu'après l'annulation du partage la donation subsiste, en ce sens que les enfants ont possédé comme donataires. N'est-ce pas altérer la nature du partage-donation? Il n'y a pas deux actes, un partage et une donation, il n'y a qu'un acte, un partage fait par donation; le partage étant rescindé, il ne reste plus de donation, il n'y a plus de donataires, il y a des héritiers qui sont en état d'indivision et qui sont censés avoir toujours été propriétaires par indivis. Ce sont donc les principes de l'indivision qu'il faut appliquer.

130. Quand le survivant des père et mère partage tout ensemble ses biens et ceux du prédécédé et que le partage est rescindé pour cause de lésion, y aura-t-il nullité pour le tout? Nous avons dit (n° 52) qu'il n'y a pas

(1) Réquier, *Du partage d'ascendant*, p. 363 et 370. Dans le même sens. Genty, p. 319, n° 54; Demolombe, t. XXIII, p. 258, n° 235.

d'indivisibilité en cette matière; à notre avis, le partage est valable pour les biens du survivant, il est nul pour les biens du prédécédé. Les enfants ont donc deux actions dans l'espèce; ils peuvent demander la nullité du partage en ce qui concerne les biens du prédécédé, l'ascendant n'ayant pas le droit de donner ni de léguer des biens qui ne lui appartiennent pas; ils peuvent aussi demander la rescision pour cause de lésion. Régulièrement ils ne peuvent agir en rescision que pour le partage anticipé fait par le survivant; il faut donc que le demandeur prouve qu'il est lésé de plus d'un quart dans ce partage. S'il a été formé deux masses héréditaires et qu'il n'y ait aucune confusion entre les deux patrimoines, la division et la preuve seront faciles. Quand les deux patrimoines ont été confondus en une seule masse, il y a des difficultés pour déterminer sur quels biens porte la lésion; ce sont ces difficultés qui ont fait admettre l'indivisibilité du partage. Toujours est-il que le droit des enfants est incontestable, et que si la rescision du partage entraîne la nullité de la distribution entière, il faudra procéder à un nouveau partage pour les deux patrimoines. Dans l'opinion générale, l'action en rescision d'un partage cumulatif ne peut être intentée qu'après la mort du survivant; l'enfant lésé de plus du quart dans la distribution des biens paternels ou maternels a le droit d'agir en rescision, en divisant son action, si la division est possible, sinon en demandant la nullité du partage tout entier (1).

131. L'ascendant peut faire des donations par préciput dans l'acte par lequel il distribue ses biens entre ses enfants. Ces donations étant indépendantes du partage, subsistent alors même que le partage est rescindé. Si les libéralités se font dans un partage cumulatif, il peut y avoir des difficultés. Le survivant confond dans le partage qu'il fait entre ses enfants les biens qui lui appartiennent et ceux provenant de la succession de son conjoint; il a fait une donation par préciput sur les premiers. Le partage est annulé, et par suite de la confusion des

(1) Comparez Agen, 20 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 109).

deux patrimoines, il devient nécessaire de procéder à un nouveau partage des biens de l'ascendant; on demande si les libéralités faites par préciput subsisteront. L'affirmative a été jugée par la cour de Besançon, et elle ne nous paraît pas douteuse. L'ascendant a donné ce qu'il avait le droit de donner, en faisant une libéralité par préciput sur son patrimoine; la rescision du partage ne peut pas porter atteinte à une donation irrévocable (1).

VI. *De la confirmation du partage.*

132. En principe, tout acte contre lequel la loi admet l'action en nullité ou en rescision peut être confirmé. La loi ne fait pas exception pour la lésion; c'est même l'action qui naît de la lésion que la loi qualifie régulièrement d'action en rescision (art. 887, 1079, 1305, 1674). Tout vice qui annule un acte peut être effacé par la confirmation, car la confirmation n'est autre chose que la renonciation au droit d'agir en nullité qui naît du vice dont un acte est entaché; et chacun peut renoncer aux droits établis en sa faveur (2).

On a prétendu que l'acceptation des enfants, qui est requise pour la validité et même pour l'existence du partage entre-vifs, est une espèce de confirmation, en ce sens qu'il en résulterait une fin de non-recevoir contre la demande en rescision. C'est une erreur évidente que la doctrine et la jurisprudence ont repoussée. Quand il y a lésion, le consentement est vicié par l'erreur où se trouvent les contractants sur la valeur des choses qui font l'objet du contrat; or, quand le consentement est vicié, il ne peut certes être invoqué contre ceux qui n'ont consenti que par erreur (3).

133. La confirmation est une renonciation, il faut donc que celui qui confirme soit capable de renoncer, c'est-à-dire de disposer des choses qui font l'objet du contrat

(1) Besançon, 16 janvier 1846 (Dalloz, 1847, 2, 137).
(2) Rejet, 22 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 239).
(3) Duranton, t. IX, p. 637, n° 645. Toulouse, 23 décembre 1835 (Dalloz, n° 4627).

vicié. Nous avons dit plus haut (n° 42) que les biens dotaux ne peuvent faire l'objet d'un partage entre-vifs hors les cas où l'aliénation de ces biens est permise par exception. Il suit de là que la femme mariée sous le régime dotal ne peut confirmer un partage d'ascendant qui renferme à son préjudice une lésion de plus du quart, lorsque sa portion, dans ce partage, est frappée de dotalité. La cour de Bordeaux avait jugé en sens contraire en se fondant sur ce que le droit de concourir à un acte implique celui de le confirmer. Or, la femme dotale peut certainement recevoir, en vertu d'un partage d'ascendant, des biens qui seront affectés de dotalité entre ses mains; car la femme, loin d'aliéner, acquiert, le partage entre-vifs étant, à certains égards, une libéralité. Il en est tout autrement quand la femme confirme un partage dans lequel elle était lésée de plus du quart; en renonçant à l'action en rescision, elle diminue son patrimoine dotal du quart de sa portion héréditaire, elle fait donc un acte de disposition de biens dotaux. Dès lors le principe invoqué par la cour de Bordeaux ne reçoit plus d'application; comme le dit très-bien la cour de cassation, autre chose est le partage, autre chose sa confirmation. Le partage implique, à la vérité, une indivision à laquelle il met fin, mais comme dans la théorie du code, le partage est déclaratif de propriété, la femme qui y consent n'est pas censée aliéner un droit dotal, tandis que la renonciation implique une aliénation (1).

134. Comment doit se faire la confirmation? On applique le droit commun, puisque la loi n'y déroge point. La confirmation peut donc être expresse ou tacite. Quand la confirmation est expresse, l'article 1338 prescrit des formes spéciales pour la validité de l'écrit qui la constate; il doit contenir la substance de l'obligation qu'il s'agit de confirmer, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. Il a été jugé que la confirmation d'un

(1) Cassation, 2 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 389). Comparez Rejet, 30 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 327).

partage vicié par la lésion est nulle lorsque les formes de l'article 1338 n'ont pas été observées (1). Cela est trop absolu; c'est confondre, comme l'ont du reste fait les auteurs du code Napoléon, la confirmation avec l'acte confirmatif; l'écrit peut être nul et la confirmation valable; tout ce qui résulte de la nullité de l'écrit, c'est qu'il ne pourra servir de preuve, mais la preuve pourra se faire par l'un des modes légaux que nous exposerons au titre des *Obligations*; nous y reviendrons aussi sur la distinction méconnue par le code entre la confirmation et l'acte confirmatif.

135. Il y a confirmation tacite, d'après l'article 1338, quand l'obligation est exécutée volontairement après l'époque à laquelle elle pouvait être valablement confirmée. Quand la confirmation du partage d'ascendant peut-elle se faire? La solution dépend du principe que l'on suit quant à l'effet du partage entre-vifs; la question ne se présente que pour ce partage : peut-il être confirmé pendant la vie de l'ascendant? Dans la doctrine que nous avons enseignée, le partage existe et produit tous ses effets dès l'instant où la donation est parfaite, donc pendant la vie de l'ascendant; par suite la rescision en peut être demandée immédiatement, d'après le droit commun, donc le partage peut aussi être confirmé (2). Si l'on admet, avec la dernière jurisprudence, que le partage n'existe qu'à la mort de l'ascendant, que l'action ne s'ouvre qu'à cette époque, il faut décider qu'avant la mort de l'ascendant il ne peut y avoir de confirmation; car on ne peut renoncer à une action en nullité qui n'existe point. C'est l'opinion générale (3).

Il y a un acte qui ne peut être attaqué pour cause de lésion, c'est la transaction. Si, pour empêcher l'annulation d'un partage d'ascendant, les copartagés transigent, de son vivant, sur les vices dont il est infecté, cette transaction emporte-t-elle confirmation? La cour de cassation a décidé que la transaction était nulle comme étant viciée

(1) Angers, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 37).
(2) Comparez Agen, 2 juin 1858 (Dalloz, 1858, 2, 216).
(3) Demolombe, t. XXIII, p. 249, n° 225, et les auteurs qu'il cite.

par la même cause qui vicie le partage (1). Cela ne nous paraît pas exact. Les partages d'ascendants, dit la cour, lorsqu'il y a lésion de plus du quart au préjudice d'un copartagé, sont présumés n'avoir pas été consentis par les enfants dans toute la plénitude de leur liberté. Est-ce bien là la présomption sur laquelle la loi admet l'action en rescision? Le vice ne consiste pas dans la violence morale que le père exerce, car le consentement du père aussi est vicié; la lésion résulte d'une erreur sur la valeur des choses partagées; la loi suppose que l'ascendant s'est trompé aussi bien que les enfants. Voilà pourquoi nous admettons l'action en rescision du vivant de l'ascendant; il n'y a pas d'ingratitude, ni d'impiété à demander que l'on refasse un partage que l'ascendant lui-même aurait refait s'il avait connu la vraie valeur de ses biens. Appliquée à l'ascendant, la présomption n'est guère qu'une supposition, mais elle devient une réalité pour les enfants qui peuvent ne pas connaître la valeur exacte des biens de leur père.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui invoque un autre motif. La cour pose en principe que l'exécution volontaire d'un acte nul n'a la force d'une confirmation qu'autant que l'exécution a eu lieu en pleine connaissance du vice dont l'acte était infecté et dans l'intention de réparer ce vice. C'est le principe que l'article 1338 établit implicitement. Puis la cour dit que les causes de rescision d'un partage d'ascendant ne pouvant être vérifiées qu'à son décès, l'action que la loi accorde aux enfants reste intacte jusqu'à cette époque, nonobstant toute exécution qu'ils auraient pu donner à l'acte (2). L'arrêt confond les deux actions que l'article 1079 accorde aux enfants, celle qui est fondée sur une lésion de plus du quart et celle qui dérive de l'atteinte portée à la réserve; pour cette dernière action, nous admettons l'argumentation de la cour; pour la première, elle est sans valeur : qu'est-ce qui empêche les enfants, du vivant de leur père, de

(1) Cassation, 6 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 89).
(2) Rejet, chambre civile, 18 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 274).

reconnaître l'erreur qu'il a commise en formant les lots? Ils s'en apercevront dès qu'ils seront en possession des biens, ils peuvent du moins la reconnaître; dès lors on doit les admettre à agir et, par suite, à confirmer.

La cour ajoute, dans un autre arrêt, que l'action en nullité d'un partage anticipé ne saurait être exercée ni couverte valablement pendant la vie de l'ascendant donateur, parce que les enfants ne sont saisis de la qualité d'héritiers et ne peuvent exercer les actions qui leur compètent en cette qualité qu'à l'ouverture de la succession de leur auteur; que renoncer au droit d'attaquer le partage, c'est faire une convention sur une succession future, ce que la loi prohibe (1). Cela est très-logique dans le système de la jurisprudence; comme nous n'admettons pas le principe, nous rejetons aussi les conséquences qui en découlent.

136. Pour que l'exécution de l'acte emporte confirmation, il faut, dit l'article 1338, qu'elle soit volontaire, c'est-à-dire que celui qui l'exécute ait connaissance du vice et l'intention de le réparer. Ce principe est très-important en matière de lésion. On peut très-bien exécuter le partage sans avoir la connaissance de la lésion qui en résulte. L'un des enfants reçoit sa part sous forme de soulte; s'il ignore la vraie valeur du lot qui est chargé du payement de la soulte, l'exécution qu'il donne à l'acte, en recevant sa part en argent, ne pourra être considérée comme une renonciation à un droit dont il ignore l'existence. La cour de Bordeaux dit avec raison que la lésion n'est pas un vice évident par lui-même, que c'est un fait complexe, obscur et caché qui peut rester ignoré de l'enfant lésé pendant toute sa vie. Elle en conclut que les actes d'exécution ne peuvent pas par eux-mêmes être invoqués contre l'enfant tant que l'on ne prouve pas qu'il a connu la valeur des biens partagés et celle de son lot (2). Il résulte de là une difficulté concernant la preuve : est-ce au demandeur en rescision à prouver qu'il ignorait la lésion?

(1) Cassation, 9 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 72).
(2) Bordeaux, 23 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 223), et 21 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 113). Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

ou est-ce au défendeur à prouver que l'exécution a eu lieu en connaissance de cause? Nous reviendrons sur la question au titre des *Obligations*.

D'ordinaire les actes d'exécution se font immédiatement après le partage et du vivant de l'ascendant; ces actes n'emportent pas exécution, dans l'opinion générale; mais il a été jugé qu'on peut s'en prévaloir pour prouver que l'enfant lésé qui a exécuté le partage avait connaissance de la lésion du vivant de son père. L'enfant, dit la cour de cassation, ne peut, à la vérité, confirmer le partage anticipé des successions de ses père et mère par les actes qu'il fait de leur vivant, mais les juges du fait peuvent trouver dans ces actes la preuve qu'il connaissait, à ce moment, les vices dont ces partages sont entachés, et voir dans les actes postérieurs au décès des donateurs la volonté persévérante de l'enfant de confirmer lesdits partages à une époque où il était libre de manifester cette intention (1). Il est remarquable que la cour, qui ne reconnaît pas à l'enfant le droit d'agir du vivant de l'ascendant ni de confirmer le partage vicié, donne cependant un effet aux actes d'exécution antérieurs au décès, en permettant d'y chercher l'un des éléments de la confirmation, la connaissance du vice de lésion. Cela n'est pas très-logique; si l'enfant a connaissance du vice et si néanmoins il exécute l'acte vicié, ne manifeste-t-il pas par là l'intention de confirmer l'acte vicié et ne le confirme-t-il pas?

La confirmation devant être volontaire, il en résulte que la question de savoir si un acte emporte ou non confirmation est une question de fait que les juges décideront d'après les circonstances de la cause. Il a été jugé que l'apport fait par les copartagés, dans leurs contrats de mariage, des lots à eux attribués par le partage ne constitue pas par lui seul une confirmation, que ce n'est là qu'un simple acte de possession sur les biens provenant du partage; or, la possession n'est pas une preuve suffisante que le copartagé connaît le vice, puisque ce

(1) Rejet, chambre civile, 30 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 327).

n'est qu'après dix ans de possession que la loi admet la confirmation tacite par voie de prescription. Le même arrêt a jugé que le fait d'abattre du bois pour une valeur modique ne doit pas être considéré comme une renonciation au droit d'agir en rescision (1). Ce sont des décisions d'espèce qui servent d'exemple, mais non de précédents, car tout dépend de l'intention des parties intéressées.

137. L'article 892 porte que l'héritier qui aliène son lot en tout ou en partie n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence. Il a été jugé que cette disposition n'est pas applicable à la lésion (2). La question est controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions* (3).

138. La confirmation des partages cumulatifs donne lieu aux mêmes difficultés que l'action en nullité de ces partages. Pour que l'on puisse confirmer un acte, il faut que l'action en nullité soit ouverte, puisque la confirmation n'est autre chose que la renonciation au droit que l'on a d'agir en nullité. Si l'on admet que l'enfant peut agir en rescision contre le partage cumulatif fait par ses père et mère après le décès de l'un d'eux, en divisant son action, il pourra aussi confirmer le partage en ce qui concerne les biens du prédécédé. C'est notre opinion; elle a été consacrée par un arrêt de la cour d'Agen (4). Il nous semble que la confirmation ne saurait être douteuse. La succession de l'un des père et mère est ouverte, l'enfant reçoit sa part héréditaire toute partagée, il a connaissance de la lésion qui vicie le partage, il le confirme néanmoins d'une manière expresse; toutes les conditions requises pour la validité de la confirmation sont remplies : pourquoi la confirmation ne vaudrait-elle pas? Parce que le partage est indivisible? Nous avons répondu d'avance à l'objection (n° 118). Parce que le res-

(1) Caen, 31 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154).
(2) Rejet, 5 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 15), et 18 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).
(3) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 559, n° 518.
(4) Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

pect que l'enfant a pour le père ou la mère qui survit ne lui laisse pas la liberté de son consentement? L'article 1117 dit que la crainte révérentielle ne suffit pas pour annuler un contrat.

C'est l'opinion contraire qui prévaut dans la jurisprudence (1). Quand on admet que l'action en rescision n'est pas ouverte pendant la vie du survivant des père et mère qui ont fait le partage de leurs biens, il est très-logique d'en conclure que le partage ne peut être confirmé (2). Mais la conséquence ne témoigne-t-elle pas contre le principe? La prétendue indivisibilité du partage n'empêche pas l'enfant d'avoir deux droits très-distincts, l'un sur la succession de son père, l'autre sur la succession de sa mère; pourquoi ne pourrait-il pas renoncer à attaquer le partage qui confond les deux patrimoines en ce qui concerne l'hérédité de son père prédécédé? Et s'il peut confirmer, on en doit conclure qu'il a aussi le droit d'agir.

139. Nous avons dit que le partage de la communauté fait par l'un des époux, comme préliminaire du partage d'ascendant, est nul et entraîne la nullité du partage même (n° 51). On demande si la confirmation du conjoint survivant valide le partage. Il a été jugé que le partage étant radicalement nul, il ne peut être confirmé que par le consentement de tous les intéressés, comme s'il s'agissait d'opérer un nouveau partage. A vrai dire, il faut un nouveau partage, si l'on admet que le partage anticipé ne peut produire aucun effet à raison d'une division de communauté qui exige le concours du consentement des deux associés ou de leurs héritiers et, après le décès de l'un des associés, ce concours ne peut plus avoir lieu. Or, le défaut de consentement rend le partage de la communauté non existant, et ce partage étant la base du partage d'ascendant, celui-ci est aussi inexistant, et un acte qui n'a pas d'existence ne peut être confirmé. De là la conséquence consacrée par la cour de cassation qu'il faut le

(1) Rejet, 18 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 366)
(2) Agen, 1er juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 183).

concours de tous les intéressés pour donner effet à un pareil partage; encore ce concours ne serait-il pas une confirmation, ce serait un nouveau partage, qui n'aurait d'effet qu'à partir du consentement que tous les intéressés y auraient donné (1).

Par la même raison, on doit considérer comme radicalement nul le partage qu'une mère fait de ses biens entre ses enfants, en y comprenant les biens de son mari encore vivant et ceux de ses enfants. Les enfants confirmeraient vainement ce partage après la mort de leur mère; cette confirmation serait inopérante, car le défaut de consentement de leur père rend l'acte inexistant et, par suite, la confirmation est impossible. Cela a été jugé ainsi par la cour d'Angers (2). Nous ajoutons une réserve; la confirmation, impossible pour les biens du père, pouvait se faire pour les biens des enfants, l'indivisibilité alléguée par la cour n'existant ni en droit ni en fait.

140. Il a été jugé que la prescription de l'action en nullité d'un partage d'ascendant, dans lequel le père a compris les biens de la mère prédécédée, ne court qu'à partir du décès de l'ascendant donateur, même pour les biens dépendants de la succession de son conjoint, lorsque les deux successions ont été confondues dans le partage, sans indication de leur valeur respective et de la part afférente à chacune d'elles dans la composition des lots (3). Si l'on admet avec la cour de cassation que l'action n'est pas ouverte, il est logique d'en conclure que la prescription ne court pas et que la confirmation est impossible. On pourrait soutenir que le partage est inexistant en ce qui concerne les biens du prédécédé, car ces biens appartiennent aux enfants, et il faut leur consentement pour que le partage puisse s'en faire. S'ils ne consentent pas, il n'y a pas de partage. Mais l'acceptation de la donation ou du testament qui contient le partage

(1) Cassation, 23 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 31), et, sur renvoi, Orléans, 5 juin 1862 (Dalloz, 1863, 2, 159).

(2) Angers, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 36). Comparez Bordeaux, 8 août 1850 (Dalloz, 1851, 2, 143).

(3) Cassation, 19 décembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 494). Comparez Agen, 11 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 30).

n'équivaut-elle pas au consentement, du moins en ce sens que le contrat a pu se former, sauf à en demander la nullité pour vice de consentement? Dans le partage entre-vifs, cela serait admissible, puisque le concours de consentement a lieu; mais dans le partage testamentaire, le consentement des enfants ne peut valider un acte qui, au moment où le testament s'ouvre, n'a aucune existence légale. Logiquement il faudrait donc décider que le partage entre-vifs peut être confirmé : dans notre opinion, dès que le partage est fait : dans l'opinion générale, après la mort de l'ascendant. Mais en cas de partage testamentaire, il y aurait nullité radicale en ce qui concerne les biens de l'ascendant prédécédé et, par suite, impossibilité de confirmer; il faudrait un nouveau partage; la confirmation ne pourrait se faire que pour le partage des biens du testateur.

§ III. *De la réduction pour atteinte portée à la réserve.*

N° 1. NATURE DE L'ACTION.

141. Après avoir dit que le partage d'ascendant peut être attaqué pour lésion de plus du quart, l'article 1079 ajoute : « Il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. » Quelle est la nature de l'action que l'article 1079 donne à l'enfant? est-ce une action en rescision fondée sur la lésion, ou est-ce une action en réduction pour atteinte portée à la réserve? L'intérêt de la question concerne surtout l'objet et l'effet de l'action. Si c'est une action en rescision, le tribunal prononce l'annulation du partage; si c'est une action en réduction, le partage subsiste et le tribunal se borne à indemniser le demandeur du préjudice qu'il éprouve. La question est très-controversée, et quant au principe et quant aux conséquences qui en découlent.

Le texte ne décide pas la difficulté; il ne qualifie ni l'action résultant de la lésion, ni l'action que la loi donne

aux copartagés de celui qui reçoit un avantage plus grand que la loi ne le permet. Dans l'un et l'autre cas, la loi se sert de la même expression : le partage pourra être *attaqué*. En faut-il conclure, comme on l'a fait (1), que, dans les deux cas prévus par l'article 1079, le partage est nul et que l'objet de l'action est d'en provoquer la nullité? Ce serait dépasser la loi, car elle ne dit pas quel est l'objet de l'*attaque* qu'elle autorise. Si, en cas de lésion de plus du quart, on admet que l'action tend à l'annulation du partage, c'est à raison de l'analogie évidente qui existe entre la lésion qui vicie le partage d'ascendant et la lésion qui vicie le partage *ab intestat*. Cet argument nous fait défaut pour la seconde disposition de l'article 1079, elle est spéciale au partage d'ascendant; il faut donc avant tout en rechercher le motif.

La discussion du conseil d'Etat est invoquée par les partisans des deux opinions contraires, preuve qu'elle n'est pas décisive. Nous n'y chercherons que la raison de la loi. Dans le projet de code civil, il y avait une disposition ainsi conçue : « Le partage sera encore *nul* si les père et mère ou autres ascendants ont fait, à titre de préciput, une disposition, soit entre-vifs, soit par testament, au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfants. » C'était une dérogation au droit commun qui permet au père de donner son disponible à un de ses enfants aussi bien qu'à un étranger. Pourquoi lui interdisait-on cette faculté dans le cas où il fait le partage de ses biens? On craignait, dit Treilhard, que le père, outre l'avantage résultant du préciput, n'avantageât encore l'un de ses enfants par la composition des lots ; il est libre de donner le disponible à l'un de ses enfants, mais alors il lui est interdit de partager ses biens ; veut-il faire le partage de ses biens, il en a le droit, mais alors il ne pourra faire de libéralité par préciput. Cette sévérité parut excessive; pourquoi, dit Muraire, présumer que le père veut avantager l'un de ses enfants par le partage, alors qu'il lui fait une libéralité par préciput?

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 185, nº 189 *bis*. C'est l'opinion de Demante, de Marcadé, de Troplong et de Bertauld.

Ce serait lui supposer l'intention de frauder la loi, qui lui défend de dépasser le disponible. Berlier répondit que cette supposition de fraude n'avait rien que de probable. Comment croire que celui qui a déjà gratifié un de ses enfants au préjudice des autres ne le fera pas encore par le partage, si cette voie lui est ouverte? Loin que le don fait par préciput doive faire présumer que la libéralité s'arrêtera là, l'inégalité déjà introduite entre les enfants doit faire craindre qu'on ne l'étende davantage : cette présomption est dans la nature des choses. Donc donner au père le droit de partager, alors qu'il a déjà avantagé un de ses enfants, c'est lui permettre de l'avantager encore en fraude de la loi. Il n'y aurait qu'un moyen d'éviter cette nouvelle inégalité, ce serait d'admettre la rescision du partage pour la plus petite lésion ; mais alors il est plus simple d'interdire le partage. L'article fut adopté, sauf rédaction; une rédaction nouvelle fut présentée par la section de législation et approuvée par le conseil d'Etat; c'est le texte actuel de l'article 1079, sauf que la loi ne dit pas que le partage sera *nul*, elle dit seulement qu'il pourra être attaqué (1).

Jaubert expliqua la nouvelle disposition dans son rapport au Tribunat. Si le père n'a pas fait de libéralité, s'il s'est borné à partager ses biens entre ses enfants, l'acte ne peut être attaqué que pour cause de lésion de plus du quart. Si le père opère le partage après avoir disposé de tout ou de partie de la portion disponible, la loi permet de l'attaquer, quoiqu'il n'y ait pas une lésion du quart dans le partage, si, en cumulant le préciput et la portion que chaque enfant aurait dû avoir dans un partage égal, le père a dépassé le disponible. Jaubert donne l'exemple suivant : Un père a 60,000 francs de biens et deux enfants. Il donne à l'un le tiers disponible, 20,000 francs ; ensuite il partage les 40,000 francs restants en donnant à l'enfant déjà donataire par préciput 24,000 francs et à l'autre 16,000 ; l'avantage résultant

(1) Séance du conseil d'Etat, du 27 ventôse an XI, n° 30 (Locré, t. V, p. 274).

du partage est de 4,000 francs, ce qui ne fait pas une lésion de plus du quart; mais l'enfant doublement avantagé aurait 44,000 francs, c'est-à-dire 4,000 francs au delà du disponible. Le partage pourra être attaqué dans ce cas. Pourquoi? Parce que le père, qui a déjà donné le disponible à l'un de ses enfants, ne peut l'avantager encore par le partage, sans dépasser le disponible. C'est donc parce que le disponible est dépassé et, par conséquent, la réserve entamée, que l'enfant peut attaquer le partage (1).

142. La discussion et le rapport de Jaubert nous apprennent pourquoi le partage peut être attaqué, mais les travaux préparatoires pas plus que le texte de l'article 1079 ne nous disent quel est l'objet et quel sera l'effet de la demande. Il faut donc recourir aux principes, c'est-à-dire rechercher quelle est la nature de l'action. L'article 1079 accorde deux actions contre le partage, l'action en rescision pour cause de lésion et l'action résultant d'un avantage qui excède le disponible. La première est une action en nullité; pourquoi? Parce que le partage dans lequel la loi de l'égalité est violée cesse d'être un partage. Ce sont les expressions de Siméon, l'orateur du Tribunat (2). Quand l'égalité est-elle violée? Lorsqu'il y a lésion de plus du quart. Dans le cas prévu par la deuxième disposition de l'article 1079, l'égalité est respectée, en ce sens qu'il n'y a pas de lésion du quart; mais l'avantage résultant du partage et du préciput dépasse le disponible et entame la réserve; voilà pourquoi la loi permet d'attaquer le partage. L'objet de la loi, dit Jaubert, est de ne conserver au père qu'un seul moyen d'avantager un de ses enfants au préjudice de l'autre. Dans quel but le partage est-il donc attaqué? Pour atteinte portée à la réserve. Faut-il que le partage soit annulé pour réparer cette atteinte? Il suffit que le préjudice que l'enfant souffre soit réparé. Pourquoi annulerait-on le partage? Est-ce parce que l'enfant réservataire n'a pas sa réserve en corps

(1) Jaubert, Rapport, n° 79 (Locré, t. V, p. 361).
(2) Siméon, Rapport sur le titre *des Successions*, n° 40 (Locré, t. V, p. 141).

héréditaires, comme il y a droit? Tel n'est pas le motif pour lequel l'article 1079 lui permet d'attaquer le partage; le législateur s'est déterminé uniquement par la considération que le disponible est dépassé et que la réserve est entamée. Faut-il, pour réduire l'avantage aux limites du disponible, que le partage soit annulé? Non, il suffit que l'on réduise l'avantage qui dépasse le disponible, au profit de celui dont la réserve est entamée. Il n'y a donc aucune raison juridique pour annuler le partage. Cela décide la question, puisqu'il n'y a pas de texte qui l'annule (1).

La jurisprudence est en ce sens (2). Les deux actions prévues par l'article 1079, dit très-bien la cour d'Agen, ont un objet différent, donc les conséquences doivent aussi être diverses, l'effet ne pouvant pas dépasser l'objet que les parties ont en vue. Or, le seul but du demandeur, quand sa réserve est entamée, est de compléter sa réserve; pour cela il est inutile d'annuler le partage, il suffit que l'enfant avantagé paye un supplément en argent à celui dont la réserve est entamée. Tout au plus pourrait-on dire que le retranchement doit s'opérer en nature, comme cela se fait quand un héritier agit contre son cohéritier en réduction des libéralités excessives faites par le défunt. La cour d'Agen n'a pas procédé ainsi et, à notre avis, elle a bien jugé (3). Il ne s'agit pas d'une action en réduction proprement dite, car on suppose que la libéralité préciputaire n'excède pas le disponible; c'est parce que le partage contient un nouvel avantage que la loi permet de l'attaquer, c'est donc contre le partage d'ascendant que l'action est dirigée, et non contre la donation: l'action est spéciale, elle a un objet spécial, et l'effet doit être restreint à cet objet.

143. Dans notre opinion, l'action ouverte par la deuxième disposition de l'article 1079 n'est ni une action

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 238 et notes 27-29. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 314, note 9. Réquier, p. 380, n° 208.

(2) Riom, 25 avril 1818 (Dalloz, n° 4617, 2°). Caen, 31 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154). Rejet, 30 juin 1852 (Dalloz, 1854, 1, 434), 17 août 1863 (Dalloz, 1864, 1, 30), et 13 juillet 1869 (Dalloz, 1871, 1, 171).

(3) Agen, 14 mai 1851 (Dalloz, 1851, 2, 230).

en rescision pour cause de lésion, ni une action en réduction de dispositions excessives, c'est une action *sui generis*(1). La doctrine est hésitante en ce qui concerne la qualification de l'action. De là des inconséquences inévitables, et la jurisprudence est tout aussi peu logique. Il n'y a que M. Demolombe qui, contre son habitude, se prononce ici pour une opinion absolue : il dit que l'action est tout à fait une action en rescision. Troplong est nuageux, comme il l'est trop souvent; l'action en réduction, dit-il, prend la couleur de l'action en lésion; elle est autant une action en lésion qu'une action en réduction. Cela est impossible, puisque l'une des actions tend à l'annulation du partage, tandis que l'autre implique le maintien de l'acte. M. Réquier admet aussi qu'il y a tout ensemble un partage inégal et une libéralité dépassant la quotité disponible, ce qui n'est pas exact; la libéralité peut ne pas dépasser le disponible, et néanmoins le partage pourra être attaqué s'il est inégal. Pourquoi ne pas avouer que l'action n'est ni une action en rescision pour lésion, ni une action en réduction ordinaire? On n'a qu'à lire la discussion du conseil d'Etat pour se convaincre que l'action est fondée sur une présomption de fraude à la loi de la réserve; c'est donc une disposition toute spéciale.

N° 2. CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT LIEU A L'ACTION.

144. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action que la deuxième disposition de l'article 1079 ouvre contre le partage? Il faut que l'un des enfants ait un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079); si l'un des copartagés n'est pas avantagé au delà du disponible, le partage ne peut pas être attaqué en vertu de la seconde disposition de l'article 1079; dans ce cas, la réserve n'est pas attaquée, et c'est sur l'atteinte portée à la réserve que l'attaque doit être fondée. Mais il ne suffit pas que la réserve soit entamée

(1) De Folleville, p. 416, n° 1236. Comparez Demolombe, t. XXIII, p. 188, n° 189 *bis*. Troplong, t. II, p. 317, n° 2333. Réquier, p. 385, n° 211.

pour que l'article 1079 soit applicable; il faut que l'avantage excessif résulte tout ensemble du partage et des dispositions faites par préciput au profit de l'un des copartagés. La loi exige que l'ascendant ait avantagé l'un de ses enfants de deux manières, d'abord par le partage, puis par une libéralité préciputaire. C'est précisément à raison de ce double avantage que la loi ouvre une action contre le partage. Nous allons voir les conséquences qui en dérivent.

145. Si l'ascendant n'a pas fait de libéralité préciputaire en faveur de l'un des copartagés, il n'y a pas lieu à l'action en réduction, alors même que la réserve de l'un des enfants serait entamée par le partage, c'est-à-dire par la composition des lots. La présomption établie par l'article 1079 cesse dans ce cas; l'ascendant n'est pas censé avoir formé des lots inégaux dans le but d'avantager un de ses enfants au préjudice de l'autre, parce que l'une des circonstances sur lesquelles la loi fonde cette présomption fait défaut; l'ascendant n'a pas fait de libéralité directe à l'enfant qui se trouve avantagé par le partage; dès lors la loi ne présume plus que l'ascendant ait voulu l'avantager au préjudice d'un autre enfant. Le partage d'ascendant reste dans le droit commun; le père a pu se tromper en composant les lots, comme les héritiers ou les experts peuvent se tromper dans un partage fait *ab intestat*. Tant que le préjudice qui en résulte pour un enfant ne s'élève pas au quart de sa portion héréditaire, la loi ne tient aucun compte de cette lésion : le partage est égal, pourvu que l'enfant inégalement loti ait les trois quarts de la portion qu'il aurait dû avoir dans un partage égal; c'est seulement quand il est lésé de plus du quart qu'il aura l'action en rescision pour cause de lésion (1).

Mais si, outre l'avantage indirect qui résulte du partage, l'un des copartagés a reçu une libéralité préciputaire, il y aura lieu à l'action en réduction. L'article 1079 n'exige pas que cette libéralité comprenne tout le disponible; elle

(1) Grenier, t. III, p. 204, nº 393. Orléans, 27 décembre 1856 (Dalloz, 1858, 2, 78).

n'exige pas qu'elle soit faite dans l'acte même par lequel l'ascendant partage ses biens : il suffit qu'il y ait une disposition par préciput au profit de l'enfant qui se trouve avantagé par le lotissement; alors la loi présume que l'ascendant a voulu frauder la loi de la réserve, et elle donne, en conséquence, l'action en réduction (1).

146. Par application de ces principes, il a été jugé que si aucune libéralité préciputaire n'a été faite par l'ascendant, l'enfant copartagé qui se plaint d'une atteinte portée à sa réserve n'a pas l'action en réduction; il ne peut avoir que l'action en rescision pour cause de lésion s'il est lésé de plus du quart. La question peut être d'une importance capitale pour l'enfant. Il a laissé passer le délai de dix ans que l'article 1304 lui accorde pour attaquer le partage entre-vifs; l'action en rescision pour lésion est prescrite; il pourrait encore agir en réduction, puisque cette action dure trente ans, mais il n'a pas cette action lorsqu'il n'y a pas de dispositions par préciput (2).

147. Il ne suffit pas que l'ascendant ait fait une libéralité préciputaire pour que l'article 1079 soit applicable; alors même que l'un des enfants serait avantagé par le lotissement, si ce n'est pas à lui que la donation a été faite, il n'y aura pas lieu à l'action en réduction établie par l'article 1079. Il n'y a pas de présomption de fraude à la loi, dès lors on reste dans le droit commun; la donation pourra être attaquée si elle est excessive; le partage pourra être attaqué s'il y a lésion de plus du quart; mais le copartagé lésé n'aura pas l'action spéciale ouverte par l'article 1079. De même il n'y a pas lieu à cette action si c'est l'un des copartagés, autre que celui qui est avantagé par le lotissement, qui a reçu la libéralité préciputaire; il n'y a plus aucun fondement à la présomption de fraude, car le donataire n'est pas avantagé par le partage, et celui qui est avantagé par le partage n'est pas donataire. Celui des enfants qui a une part inégale ne pourra pas se plaindre si la donation ne dépasse pas le

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 239 et suiv., et note 30, § 734.
(2) Cassation, 2 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 389).

disponible et s'il n'est pas lésé de plus du quart par le partage; en aucun cas, il ne peut avoir l'action en réduction ouverte par l'article 1079. A plus forte raison, l'enfant donataire par préciput ne peut-il se plaindre du partage inégal, à moins que l'inégalité n'aille jusqu'à une lésion de plus du quart (1).

148. La libéralité préciputaire faite à l'un des copartagés ne suffirait pas, quand même elle dépasserait le disponible, pour donner l'action ouverte par l'article 1079; il faut de plus que l'enfant donataire soit avantagé par le lotissement. L'enfant lésé aura, en ce cas, l'action en réduction ordinaire si la donation dépasse le disponible, mais il n'aura aucune des actions de l'article 1079 : il ne peut agir en rescision, puisqu'il n'est pas lésé par le partage : il n'a pas l'action pour atteinte portée à la réserve, puisque l'enfant donataire n'est pas avantagé par le partage. Les copartagés sont sous l'empire du droit commun, l'article 1079 est inapplicable (2). Du reste, l'enfant qui se plaint d'être lésé dans ce cas n'a pas besoin d'une action exceptionnelle; le partage étant égal, s'il souffre un préjudice, c'est que la donation sera excessive, elle entamera sa réserve; l'action en réduction des donations qui dépassent le disponible suffira pour rendre à cet enfant la portion de sa réserve dont il a été indûment privé (3).

149. La cour de cassation a jugé, par l'arrêt que nous venons de citer, que l'enfant dont la réserve est entamée a seul le droit d'agir. En effet, l'action est fondée sur un préjudice, donc sur une lésion, et celui-là seul qui est lésé peut agir; les autres héritiers sont sans intérêt aucun, surtout dans notre opinion : le partage subsiste, les lots sont maintenus, il n'y a que celui des enfants au préjudice duquel le père a fait le double avantage prévu par l'article 1079 qui ait le droit de se plaindre, il pourra

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 476, n° 247 *bis* III. Aubry et Rau, t. VI, p. 240 et note 32. Caen, 21 mars 1838 (Dalloz, n° 4601).
(2) Rejet, 20 décembre 1847, et le rapport du conseiller Mesnard (Dalloz, 1848, 1, 14).
(3) Rejet, 30 juin 1852 (Dalloz, 1854, 1, 434).

attaquer le partage en prouvant que sa réserve est entamée par les dispositions préciputaires jointes à l'avantage qui résulte du lotissement.

N° 3. DURÉE DE L'ACTION.

150. L'action fondée sur l'atteinte portée à la réserve n'est pas une action en nullité, dans l'opinion consacrée par la jurisprudence. Cependant, par une inconséquence singulière, les cours appliquent à cette action les principes qui régissent l'action en rescision. Si le partage est fait par donation, la prescription sera-t-elle de trente ans ou de dix ans? La question est de savoir si l'article 1304 est applicable. A notre avis, la négative est certaine. L'article 1304 établit une prescription spéciale, exceptionnelle pour l'action en nullité ou en rescision d'une convention. Il faut, pour qu'il reçoive son application, une convention dont l'une des parties contractantes demande l'annulation ou la rescision. Le mot *rescision*, dans le langage du code, est synonyme de nullité; si une convention est attaquée sans qu'on en demande l'annulation, on n'est plus dans le cas prévu par l'exception de l'article 1304, donc on rentre dans la règle générale de l'article 2262 : l'action durera trente ans. Tel est aussi l'esprit de la loi. La prescription exceptionnelle de dix ans est une confirmation tacite; elle suppose que la convention est entachée d'un vice qui la rend nulle, en ce sens que la nullité en peut être demandée; en n'agissant pas, la partie contractante qui avait le droit d'agir en nullité est censée renoncer à ce droit et confirmer la convention. Or, l'attaque dont parle l'article 1079 n'est pas une action qui tende à l'annulation du partage, il n'y a pas de vice qui infecte le partage; on demande la réduction d'un avantage excessif, mais cet avantage ne résulte pas exclusivement du partage, il résulte aussi d'une donation préciputaire, qui peut être étrangère au partage; l'enfant avantagé conserve néanmoins la donation et son lot; seulement il devra réparer le préjudice que souffre le demandeur par suite du double avantage que le défendeur

a reçu. Dès qu'il ne s'agit pas d'une action en nullité, l'article 1304 doit être écarté (1).

La doctrine et la jurisprudence sont divisées. Pour l'application de l'article 1304, on dit que l'action en *rescision* comprend l'action en *réduction*, puisque *rescinder* veut dire non-seulement annuler, mais aussi retrancher. Nous répondons que peu importe ce que signifie le mot latin *rescindere*, la question est de savoir ce que l'article 1304 entend par action en rescision; or, la loi elle-même nous le dit, elle se sert indifféremment de l'expression *action en nullité* et de celle d'*action en rescision;* donc rescision veut dire nullité et non réduction. Vainement dit-on que la rescision entraîne une nullité partielle, ce qui nous ramène au texte de l'article 1304. Cela n'est pas exact; la donation et le partage subsistent; en effet, la donation est valable, puisqu'elle ne dépasse pas le disponible, et le partage est valable, puisqu'il ne contient pas de lésion de plus du quart. De quoi se plaint le demandeur? Que sa réserve est entamée, et il demande qu'elle soit complétée. Est-ce à dire qu'il agisse en retranchement? Non, car on réduit les donations quand elles excèdent le disponible, et nous supposons que le disponible n'est pas dépassé. C'est donc une simple action en indemnité. En définitive, on n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1304 (2).

On objecte que si l'on écarte l'article 1304, on tombe dans une contradiction inexplicable. L'action en rescision pour cause de lésion ne dure que dix ans quand il s'agit d'un partage entre-vifs, et l'on veut que celui qui demande, non l'annulation, mais une simple réduction d'un avantage excessif, ait trente ans pour agir; cela n'est-il pas absurde? Nous répondons que c'est précisément parce qu'il ne s'agit que d'une simple réduction qu'il n'y a pas

(1) Montpellier, 23 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 185). Dans le même sens, Rejet de la cour de cassation de Belgique, 4 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 413). Aubry et Rau, t. VI, p. 212, note 39, § 734. Réquier, p. 430, n° 239.

(2) En sens contraire, Dijon, 11 mai 1844; Rejet, 4 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 51 et suiv.), et Rejet, 1er mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 323). Comparez Dalloz, n° 4645.

de raison de déroger à la règle générale de la prescription trentenaire. Les actions en nullité réagissent contre les tiers et jettent le trouble dans les relations civiles, cela est surtout vrai des partages qui règlent les intérêts d'une famille entière. Il fallait donc limiter la durée de ces actions. Cette raison n'existe plus lorsqu'on attaque le partage sans en demander la rescision; l'action est une action ordinaire, il est donc très-logique qu'elle reste sous l'empire du droit commnn.

151. Si le partage se fait par testament, il n'y a plus aucun motif pour appliquer la prescription exceptionnelle de l'article 1304. Le texte suppose une convention, et le testament n'est certes pas un contrat. De plus, l'article 1304n'est jamais applicable lorsque c'est un tiers qui demande la nullité d'une convention; à plus forte raison ne doit-on pas l'appliquer quand un tiers attaque un testament (1). On donne d'étranges raisons pour l'opinion contraire. Le partage d'ascendant, dit-on, est un véritable partage de la succession, tel que les enfants l'auraient fait à défaut de l'ascendant; or, s'ils l'avaient fait eux-mêmes, l'action en rescision ne durerait que dix ans, il doit en être de même si l'ascendant le fait. L'article 1076 répond à l'objection; le partage d'ascendant est toujours un partage, et cependant il est régi tantôt par les principes des donations, tantôt par les principes des testaments (art. 1076); cela prouve qu'il faut considérer l'acte par lequel se fait le partage; on ne peut mettre sur la même ligne la donation qui est un contrat et le testament qui est un acte unilatéral. Une cour a cependant imaginé de dire que le partage testamentaire, quand il est exécuté sans réserve par les descendants, passe à leur égard à l'état de convention (2)!

152. Quand la prescription commence-t-elle à courir? Il n'y a pas de doute lorsque le partage est testamentaire; le partage n'existe qu'à la mort du testateur, et c'est aussi à la mort de l'ascendant que s'ouvre le droit à la réserve;

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 242, note 39, § 734.
(2) Genty, p. 329. Liége, 23 avril 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 222).

or, l'action est fondée sur l'atteinte que le testament-partage porte à la réserve. Le partage entre-vifs donne lieu à la même controverse pour l'action en réduction que pour l'action en rescision. D'après l'arrêt de 1845, le partage fait par donation est distinct de celui qui peut encore se faire à la mort de l'ascendant; la succession est réputée ouverte lors du partage entre-vifs et partagée définitivement. Donc toute action contre le partage s'ouvre immédiatement, l'action pour atteinte portée à la réserve aussi bien que l'action en rescision pour cause de lésion. Nous avons admis le principe de l'arrêt Lasagni en écartant l'exagération des deux successions et des deux patrimoines de l'ascendant (1). En conséquence, nous avons enseigné que l'action en rescision s'ouvre du jour de la perfection du partage. Faut-il appliquer la même décision à l'action en réduction ouverte par la deuxième disposition de l'article 1079? On prétend que la logique y oblige, et il y a des arrêts en ce sens. Sans doute, si l'on admet que la succession s'ouvre lors du partage entre-vifs, il faut admettre aussi l'action pour l'atteinte que le partage de cette succession anticipée porte à la réserve. Mais si l'on rejette cette ouverture d'une succession du vivant de l'ascendant, la question de la prescription reste entière; elle doit être décidée d'après la nature particulière des actions qui sont dirigées contre le partage. S'agit-il d'une action en rescision pour cause de lésion, rien n'empêche qu'elle ne soit intentée immédiatement, puisqu'il ne s'agit que d'estimer les biens compris dans le partage. Il n'en est pas ainsi de l'action qui se fonde sur une atteinte portée à la réserve. Pour que l'on sache si la réserve est entamée, parce que le disponible est dépassé, il faut que l'on connaisse le montant du disponible et de la réserve; or, c'est par le nombre des réservataires lors de l'ouverture de l'hérédité que l'on fixe le montant de la quotité disponible et de la réserve, il faut donc nécessairement attendre la mort de l'ascendant pour déterminer si la réserve est entamée et de combien le dispo-

(1) L'arrêt Lasagni et un arrêt de Bordeaux, 31 mai 1846 (Dalloz, 1847, 2, 186).

nible est dépassé. De là suit que l'action ne s'ouvre qu'à la mort et que la prescription ne commence à courir qu'à partir du décès de l'ascendant.

On objecte que cela est illogique, que l'action en réduction et l'action en rescision, accordées à l'enfant par un seul et même article, sont par cela même soumises à la même prescription. La cour de Montpellier a répondu à l'objection dans un arrêt très-bien motivé. Les deux actions, dit-elle, diffèrent essentiellement par leur nature et par leur objet. L'action en rescision attaque l'acte pour le détruire; la rescision, si elle est prononcée, anéantit le partage, la succession se trouve indivise, et il y a lieu de procéder à un nouveau partage. L'action en réduction, au contraire, n'attaque l'acte que pour en restreindre les effets; le partage conserve toute sa force, sauf le retranchement dû aux réservataires. Deux actions si dissemblables doivent être soumises à des règles différentes. Vainement dit-on que la loi se sert du même terme pour les qualifier; le mot *attaquer* embrasse dans sa généralité toutes les actions qui peuvent être intentées contre un acte, soit pour en demander l'annulation, soit pour en modifier les effets. L'action accordée par la deuxième disposition étant fondée sur une atteinte portée à la réserve ne peut s'ouvrir qu'au moment où la réserve s'ouvre, c'est-à-dire à la mort de l'ascendant. On pourrait dire que le partage implique une ouverture fictive de la succession, donc aussi une ouverture fictive de la réserve. Mais la loi ne pousse pas la fiction jusque-là, et la chose était impossible : il faut attendre le décès du père pour savoir combien d'enfants il laisse et calculer en conséquence le disponible et la réserve. On est donc forcément ramené à l'époque de l'ouverture de l'hérédité pour ce qui concerne les actions relatives à la réserve ; ce qui décide la question (1).

153. Telle est aujourd'hui l'opinion générale consacrée par une jurisprudence constante (2). Il y a encore

(1) Montpellier, 23 décembre 1846 (Dalloz, 1847, I, 184).
(2) Rejet, chambre civile, 30 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 193). Cassation, 2 août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 174), et 31 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 53).

quelque hésitation sur la nature des deux actions ouvertes par l'article 1079 pour attaquer le partage. La jurisprudence les confond et, d'autre part, elle les distingue, puisqu'elle décide que l'action en rescision tend à l'annulation du partage, tandis que l'action pour atteinte portée à la réserve a pour unique objet de réparer cette atteinte. La cour de cassation invoque des considérations morales, l'autorité du père, le respect qui lui est dû. On a abusé, nous semble-t-il, de ces considérations; nous ne voyons pas ce que la morale a à faire dans ce débat, où il s'agit d'un calcul pour fixer le disponible et la réserve. Si le père a dépassé le disponible, le partage sera attaqué; qu'il le soit à sa mort ou de son vivant, dans l'un et l'autre cas on ne respecte pas ce qu'il a fait; il a fait, après tout, ce qu'il n'avait pas le droit de faire; c'est donc une question de droit que les enfants agitent; et s'ils peuvent le faire après la mort de l'ascendant, sans manquer de respect à sa mémoire, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas le faire de son vivant. Il faut donc laisser la morale de côté et dire, avec les cours d'appel, que les questions de réserve ne peuvent se décider qu'à la mort du père, alors qu'on sait quel est le montant de la réserve (1).

154. Les partages cumulatifs faits par père et mère peuvent-ils être attaqués divisément pour atteinte portée à la réserve après la mort de l'un des ascendants, et en supposant que le prédécédé ait dépassé le disponible? Nous avons dit à plusieurs reprises que le droit de l'enfant nous paraît incontestable, puisqu'il tient sa réserve de la loi et que l'ascendant n'y peut porter aucune atteinte. Or, ne serait-ce pas y porter atteinte que d'empêcher l'enfant de réclamer un supplément de réserve après la mort du père, si c'est le père qui ne lui laisse pas la quotité réservée par la loi? On objecte l'indivisibilité du partage; nous répondons que les père et mère n'ont pas le droit de faire un partage indivisible qui enlève à un de

(1) Lyon, 30 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57). Agen, 12 juin 1849 (Dalloz, 1849, 2, 240).

leurs enfants le droit de réclamer sa réserve tout entière à la mort du prémourant. L'opinion contraire domine dans la jurisprudence et dans la doctrine (1).

N° 4. COMMENT SE CALCULE LA RÉDUCTION.

155. L'article 1079 suppose que l'un des copartagés a reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet; c'est dire que cet avantage dépasse le disponible et que, par suite, il doit être réduit. Mais comment savoir si l'avantage est excessif et de combien il excède le disponible? C'est une question de réduction, donc il faut appliquer l'article 922, qui est ainsi conçu : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. »

L'application de cette disposition à la réduction prévue par l'article 1079 a donné lieu à une difficulté qui a longtemps divisé la jurisprudence. Faut-il réunir fictivement aux biens existants lors du décès de l'ascendant les biens qu'il a partagés entre-vifs entre ses enfants? La cour de cassation commença par décider que la quotité disponible et la réserve devaient se calculer, dans l'espèce, sur les seuls biens que l'ascendant possédait à son décès. Elle se fondait sur l'irrévocabilité des partages d'ascendants; les biens qui y sont compris, sortant intégralement et à jamais du patrimoine de l'ascendant, ne pouvaient plus être soumis au rapport, pas plus à un rapport fictif qu'à un rapport réel (2). Cette première jurisprudence méconnaissait l'objet du rapport fictif prescrit par l'article 922. Il ne porte aucune atteinte à l'irrévo-

(1) Agen, 28 mai 1850 (Dalloz, 1851, 2, 8). Rejet, 6 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 101). Réquier, p. 432, n° 240.
(2) Rejet, 4 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49).

cabilité des donations-partages, le seul but de la réunion fictive des biens partagés aux biens existants lors du décès étant d'évaluer le montant du patrimoine sur lequel il faut calculer le disponible et la réserve. L'erreur de la cour tenait à la doctrine que la chambre des requêtes avait d'abord admise en ce qui concerne le partage entre-vifs. Si l'on considère le partage d'ascendant comme une succession distincte de celle qui s'ouvre à la mort de l'ascendant, il y aura deux successions, donc deux réserves, deux disponibles; la seconde succession restant complétement étrangère à la première, il ne peut plus être question d'un rapport fictif. Nous avons dit que la chambre civile rejeta cette doctrine; le principe étant répudié, la conséquence tombe, comme nous l'avons dit ailleurs (1).

Il est aujourd'hui de doctrine et de jurisprudence que les biens compris dans un partage d'ascendant fait sous forme de donation entre-vifs doivent être rapportés fictivement à la succession du donateur pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve. On applique donc au cas prévu par l'article 1079 les règles que l'article 922 établit; il n'y a qu'une succession, il n'y a qu'un patrimoine sur lequel on calcule ce que l'ascendant a pu donner à un de ses enfants. Si, outre ce disponible dont il dispose en faveur de l'un des copartagés, il l'avantage encore par le lotissement, il y a lieu à réduction et, par suite, à l'application de l'article 922. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où il y avait plusieurs actes successifs de partage; c'est sur le résultat total de ces divers actes que devaient être calculés les avantages faits à l'un des enfants pour savoir si la réserve des autres était entamée (2). Il a encore été jugé que le partage fait par la mère survivante de ses biens, cumulativement avec ceux que les enfants possédaient déjà par indivis, est soumis aux règles établies par l'article 922; cela n'était guère douteux, le partage fait par la mère de ses biens person-

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 108, n°s 72 et 73.
(2) Cassation, 18 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 55).

nels n'en constituait pas moins une donation, sujette comme toute autre au rapport fictif (1).

Toutefois l'ascendant peut déroger à l'article 922 en déclarant que le disponible sera réglé d'après les biens qui existeront à son décès, sans tenir compte des biens compris dans le partage. L'ascendant renonce par là à une partie de sa quotité disponible ; il est libre de le faire par des dispositions préciputaires ; il peut aussi se dépouiller d'une partie de son disponible en manifestant la volonté de laisser les biens partagés en dehors du calcul qui sera fait à son décès pour établir le montant du disponible et de la réserve (2).

156. L'article 918 est-il applicable au partage d'ascendant? Cet article établit d'abord une présomption de libéralité en ce qui concerne les aliénations à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, quand elles sont faites par le défunt à l'un de ses successibles en ligne directe. Puis il décide que ces libéralités sont censées faites avec dispense de rapport ; on les impute sur le disponible et l'excédant seulement est rapporté à la masse. Enfin la loi décide que l'imputation et le rapport ne pourront être demandés par les successibles en ligne directe qui auront consenti aux aliénations ; à leur égard, elles sont considérées comme des actes à titre onéreux. Il a été jugé que l'article 918 n'est pas applicable au partage d'ascendant. D'ordinaire on y stipule que les enfants payeront une rente viagère à l'ascendant, ou que l'un des copartagés lui fournira une pension ; ou le père se réserve l'usufruit d'une partie des biens compris dans le partage. Ces clauses n'ont rien de commun avec l'article 918, lequel établit une série de présomptions qui sont, par leur nature, de stricte interprétation. La loi a eu en vue un contrat, en apparence onéreux, qui se fait entre le défunt et l'un de ses successibles. Or, le partage d'ascendant est essentiellement une libéralité, alors même qu'elle est faite avec des charges ; puis cette libéralité profite à

(1) Rejet, 24 avril 1861 (Dalloz, 1861, 1, 277).
(2) Rejet, 19 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 185).

tous les enfants du donateur et doit être faite en faveur de tous, sinon elle est déclarée non existante (art. 1078). L'article 1079 est donc étranger au cas que le législateur a réglé par l'article 918. La jurisprudence est en ce sens, et nous n'y voyons aucun doute (1).

157. L'article 922 veut que l'on estime les biens d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. Cette disposition reçoit-elle son application au cas prévu par l'article 1079? L'affirmative n'est pas douteuse, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Il y a, sous ce rapport, une différence entre l'action en rescision pour cause de lésion et l'action fondée sur une atteinte portée à la réserve. Quand il s'agit de la lésion, la question de savoir si l'on doit estimer les biens à l'époque du partage ou à l'époque de la donation est très-controversée; nous avons admis, avec la première jurisprudence de la cour de cassation, que l'estimation doit se faire d'après la valeur que les biens avaient lors de la donation. S'il en est ainsi en cas de lésion, ne doit-on pas suivre la même règle en cas d'atteinte portée à la réserve? Non, les deux actions, bien que le code en traite dans un seul et même article, diffèrent essentiellement. Lorsque le partage est attaqué pour lésion de plus du quart, il s'agit uniquement de rechercher si l'ascendant a observé la loi de l'égalité dans la répartition de ses biens; pour le vérifier, il faut voir quelle valeur avaient les objets lors du partage, car c'est à ce moment que l'égalité doit exister entre les copartagés; si à ce moment les lots étaient égaux, le partage doit être à l'abri de toute attaque. La question est tout autre quand le partage est attaqué pour atteinte portée à la réserve. Il s'agit alors de savoir si le double avantage fait à l'un des copartagés par le lotissement et par la libéralité préciputaire dépasse la quotité disponible. Or, cette quotité doit être fixée d'après la valeur qu'aurait eue le patrimoine de l'ascendant si celui-ci n'avait fait aucune disposition à titre

(1) Montpellier, 23 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 184). Rejet, chambre civile, 14 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 173).

gratuit; en cas de donation, il faut donc reconstituer le patrimoine de l'ascendant comme si les biens partagés étaient restés dans son patrimoine; les estimer, par conséquent, à la valeur qu'ils ont à son décès. Si, eu égard à cette estimation, le disponible est dépassé, les enfants dont la réserve est entamée auront le droit d'agir en réduction. Vainement l'enfant avantagé dirait-il que, lors du partage, les avantages qui lui étaient faits ne dépassaient pas le disponible, en tenant compte de la valeur que les biens avaient à cette époque; on lui répondrait que le donataire ne reçoit les biens que sous la condition de souffrir un retranchement si, au décès du donateur, la donation dépasse le disponible, car les réservataires ont droit à une quotité des biens du défunt, d'après la valeur qu'ont les biens au moment où leur droit s'ouvre, c'est-à-dire à la mort du donateur (1).

Nº 5. BUT ET EFFET DE L'ACTION.

158. Il y a encore une autre différence entre l'action en rescision pour lésion et l'action en réduction pour atteinte portée à la réserve. On demande s'il faut appliquer à cette dernière action la disposition de l'article 891 qui permet au défendeur d'arrêter le cours de l'action et d'empêcher un nouveau partage en offrant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire. Il règne une grande confusion sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. C'est que l'on ne s'entend pas sur l'objet de l'action ni sur ses effets. Ceux qui admettent que les deux actions établies par l'article 891 sont identiques, qu'elles ont l'une et l'autre pour objet l'annulation du partage vicié par la lésion, enseignent naturellement que l'article 891 est applicable à ces deux actions (2). Mais

(1) Réquier, p. 407 et suiv., nº 226. Rejet, 18 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294). Cassation, 24 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 289), et 25 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466). Il y a un arrêt contraire de la cour d'Orléans, qui confond les deux actions accordées par l'article 1079 (27 décembre 1856, Dalloz, 1858, 2, 77).

(2) Genty, p. 325. Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 189, nº 259). Réquier admet l'application de l'article 891, bien qu'il enseigne que l'action de l'article 1079 n'est pas une action en nullité (p. 393, nº 217).

telle n'est pas l'opinion consacrée par la jurisprudence. Il est certain que les deux actions ont une cause différente: l'une est fondée sur une appréciation erronée de la valeur des biens, elle implique un vice de consentement et, par suite, elle entraîne la nullité du partage. L'autre est fondée sur une présomption de fraude à la réserve, c'est la réserve qui est entamée par un avantage excessif que l'ascendant a accordé à l'un des enfants; mais cet avantage a ceci de particulier qu'il ne résulte pas d'une libéralité préciputaire, il résulte d'un lotissement inégal fait dans l'intérêt de l'enfant qui est donataire par préciput. L'action étant fondée sur un avantage excessif, le but et l'effet de l'action doivent être de réduire la part de l'enfant qui a reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet. Est-ce à dire que ce soit une action en réduction? Non, car l'action en réduction n'est donnée que contre la libéralité excessive, tandis que, dans le cas de l'article 1079, l'action est donnée contre le partage, c'est le partage qui est attaqué, comme le dit le texte. L'attaque tend-elle à l'annulation du partage? Non, elle tend à rétablir l'égalité entre les copartageants par la réduction des avantages excessifs.

Si tel est le caractère de l'action tout à fait spéciale de l'article 1079, il en faut conclure que l'article 891 n'est pas applicable. Cela résulte du texte même de la loi. L'article 891 suppose que l'action tend à l'annulation du partage, il donne au défendeur le droit d'empêcher cette annulation en offrant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire. Or, l'action de l'article 1079 ne tend pas à l'annulation du partage; cela paraît décisif. Toutefois cela ne décide pas la difficulté. L'article 891 écarté, reste la question de savoir si le défendeur ne peut pas, d'après le droit commun, arrêter l'action en offrant au demandeur ce qu'il demande, une réparation de l'inégalité. La décision dépend de l'opinion que l'on adopte sur la nature de cette réparation. Est-ce que le demandeur a droit à obtenir le supplément de sa réserve en nature? ou doit-il se contenter d'une réparation en argent? S'il s'agissait d'une action en réduction ordinaire, il faudrait

dire que l'enfant a droit à sa réserve en biens héréditaires ; d'où suivrait que le défendeur ne peut pas arrêter l'action en dédommageant le demandeur en argent (1). Mais l'action n'est pas une action en réduction proprement dite, elle attaque le partage et non la donation; c'est donc le lotissement qui doit être modifié, ce qui se fait par un retour de lot ou une soulte. Si le défendeur offre cette soulte au demandeur, son offre est un vrai acquiescement à la demande et, par suite, celle-ci tombe.

159. Le défendeur peut-il opposer à la demande la fin de non-recevoir résultant de la confirmation du partage? Sur cette question, la doctrine et la jurisprudence sont tout aussi confuses. Régulièrement les partages d'ascendants sont exécutés par les copartagés; de là des débats fréquents sur le point de savoir si l'exécution emporte la confirmation du partage. Quand il s'agit d'un partage que l'on prétend avoir porté atteinte à la réserve, il y a une difficulté particulière dont on ne paraît pas avoir tenu compte. La confirmation suppose un partage contre lequel la loi admet l'action en nullité ou en rescision; elle implique donc que le partage est vicié; l'objet de la confirmation est précisément de réparer ce vice, en renonçant à l'action en nullité qui en résulte. Ce sont les termes de l'article 1338. Pour qu'il y ait lieu à la confirmation d'un partage, il faut donc que l'acte soit vicié et nul à raison de ce vice. Or, le partage qui porte atteinte à la réserve n'est pas vicié, car il ne donne pas lieu à une action en nullité : telle est du moins la jurisprudence, et c'est l'opinion que nous avons suivie. Si on l'admet, il ne peut être question de confirmation; comment effacer un vice qui n'existe pas? comment renoncer à une action en nullité, alors qu'il n'y a pas de nullité? Sans doute le copartageant dont la réserve est entamée peut renoncer au droit qu'il a d'attaquer le partage, mais cette renonciation n'est pas une confirmation et, par conséquent, n'est pas

(1) C'est l'objection que fait la cour de cassation. Rejet, 17 août 1863 (Dalloz, 1864, 1, 29). Comparez Toulouse, 21 août 1833 (Dalloz, n° 4260, 1°). Il y a un arrêt, en sens contraire, de la même cour (11 juin 1836, Dalloz, n° 4619).

soumise aux règles qui régissent la confirmation; elle reste sous l'empire du droit commun.

Le copartageant peut-il renoncer à son droit du vivant de l'ascendant? Non, sur ce point il n'y a pas de doute, quelque opinion que l'on professe sur la nature de l'action. Le droit d'agir ne s'ouvre qu'à la mort; or, on ne peut renoncer à une action avant qu'elle soit née. Ce principe suffit pour décider la question (1). Dans l'opinion que nous venons d'énoncer, la solution est encore plus évidente. Il s'agit de la réserve, c'est-à-dire de la succession de l'ascendant; or, on ne peut faire aucune convention sur une succession non ouverte; toute renonciation à la réserve ou à un supplément de réserve est donc frappée de nullité radicale.

Le copartagé ne peut renoncer à son droit qu'après la mort de l'ascendant. S'il renonce d'une manière expresse, et si l'on dresse un écrit de la renonciation, faudra-t-il que cet acte soit rédigé conformément à l'article 1338? Non, car ce n'est pas un acte confirmatif, c'est une simple renonciation, et les renonciations ne sont pas soumises aux règles spéciales et exceptionnelles établies par l'article 1338. Nous reviendrons sur ce point, au titre des *Obligations*.

Le copartagé peut-il renoncer tacitement à son action? En principe, la renonciation tacite équivaut à la renonciation expresse, puisque c'est une manifestation de volonté, et le consentement peut se manifester par des faits aussi bien que par des paroles ou des écrits. Mais suffit-il de l'exécution du partage pour qu'il y ait renonciation? Non, quand même au moment de l'exécution le copartagé aurait connu l'atteinte que le partage porte à la réserve. La raison en est simple et décisive. Le partage subsiste, alors même que l'un des enfants aurait reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet, car l'action n'est pas une action en nullité. Et si les lots sont maintenus, ils doivent naturellement recevoir leur exécution. Le demandeur conserve son lot, il demande seulement qu'il soit

(1) Réquier, p. 437 et suiv.

complété, et recevoir son lot n'implique pas la volonté de renoncer à ce qu'il soit complété (1).

La jurisprudence, tout en admettant que le partage n'est pas nul, suppose qu'il y a confirmation quand le copartagé renonce à son droit. De là l'incohérence des arrêts. La cour de Caen a très-bien jugé que l'exécution du partage n'engendre pas une fin de non-recevoir contre les copartagés dont la réserve est entamée; quand même ils annonceraient aussi formellement que possible la volonté de garder les lots qui leur ont été départis, il n'en résulterait pas qu'ils eussent renoncé à exiger le supplément auquel ils ont droit pour compléter leur réserve (2). Cela est très-vrai, mais s'il en est ainsi, il ne faut plus parler de confirmation, ni de la prescription de l'article 1304, qui n'est qu'une confirmation tacite (3). Cependant la cour de cassation parle de confirmation et invoque les principes qui la régissent (4). La confusion nous paraît évidente.

CHAPITRE IX.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAÎTRE DU MARIAGE.

SECTION I. — Principes généraux.

§ Ier. *Des donations faites par contrat de mariage.*

160. Tout législateur, dit l'orateur du gouvernement, doit encourager les mariages, et c'est les encourager que de donner le plus libre cours aux donations, sans lesquelles ces liens ne se formeraient pas. Bigot de Préameneu

(1) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 242, et note 36, § 734.
(2) Caen, 31 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154).
(3) Comparez Montpellier, 23 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 184).
(4) Rejet, chambre civile, 14 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 173). Comparez cassation, 11 juin 1872 (Dalloz, 1872, 1, 452).

ajoute qu'il serait injuste d'assujettir les parents donateurs aux règles qui sont établies pour les donations ordinaires. En effet, les auteurs du code, imbus de l'esprit traditionnel du droit français, ont vu les donations avec défaveur; ils ont multiplié les entraves pour les arrêter, afin de conserver les biens dans les familles (1). Logiquement ces entraves auraient dû disparaître entièrement quand il s'agit de donations faites en faveur du mariage, parce qu'elles n'ont plus de raison d'être. Ces donations sont favorables parce qu'elles favorisent le mariage. Généralement elles sont faites par un père à son enfant; elles ne font donc pas sortir les biens des familles. Le législateur n'est pas allé jusque-là. Il s'est borné à affranchir les donations qui accompagnent le mariage de quelques formes gênantes et de quelques règles qui auraient entravé les libéralités. Ces dérogations diffèrent selon que les donations se font par contrat de mariage ou en dehors de ce contrat, mais en faveur du mariage.

161. Aux termes de l'article 1087, « les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation. » Cette disposition est assez mal rédigée; on pourrait croire que les donations faites par contrat de mariage ne doivent pas être acceptées. Tel n'est pas, tel ne peut pas être le sens de la loi. La donation est un contrat, et elle ne cesse pas d'être un contrat quand elle accompagne les conventions matrimoniales; or, tout contrat exige le concours de consentement des parties contractantes; une donation sans le consentement du donataire ne se concevrait donc pas. Pour comprendre la portée de l'article 1087, il faut le rapprocher de l'article 932, qui porte que la donation entre-vifs n'engage le donateur et ne produit aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en *termes exprès*. L'acceptation expresse est une de ces formes qui n'ont d'autre raison que d'entraver les donations en multipliant les causes de nullité. Il fallait donc en exempter les donations qui font partie

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 81 (Locré, t. V, p. 336).

des conventions matrimoniales. Tel est le but de l'article 1087 ; il n'affranchit pas les donations par contrat de mariage de la condition de l'acceptation, car l'acceptation n'est autre chose que le consentement, et le donataire doit nécessairement consentir ; la loi les dispense de l'acceptation expresse, elle se contente du consentement tacite, c'est-à-dire qu'elle replace les donations faites par contrat de mariage sous l'empire du droit commun, tel que nous l'exposerons au titre des *Obligations*.

162. L'article 1087 consacre une exception à une règle fondamentale en matière de donations ; il est par cela même de stricte interprétation. Il faut que la donation soit faite par contrat de mariage pour qu'elle soit dispensée de l'acceptation expresse ; il ne suffit pas qu'elle soit faite en faveur du mariage. Il y a là un mélange de rigueur et d'indulgence qu'il est difficile d'expliquer logiquement. Toute donation faite en faveur du mariage aurait dû jouir d'une faveur que la loi accorde aux donations qui favorisent le mariage ; il n'y a aucun motif pour maintenir une entrave qui n'a pas de fondement rationnel dans des libéralités que la loi a entendu affranchir de toute condition gênante. Aussi Furgole enseignait-il dans l'ancien droit qu'il suffisait que la donation fût faite en faveur du mariage (1). Les termes de l'article 1087 et les principes d'interprétation ne permettent pas d'admettre cette doctrine (2).

Il suit de là que l'article 1087 n'est plus applicable lorsque la donation a été faite par un acte qui n'est pas un contrat de mariage, c'est à-dire qui ne règle pas les conventions matrimoniales des futurs époux. Nous verrons plus loin une conséquence de ce principe. Il ne suffit pas que la donation soit faite par contrat de mariage, il faut aussi qu'elle soit faite aux futurs époux, car ce n'est que dans ce cas qu'elle est faite en faveur du mariage. Quand

(1) Furgole, *Commentaire sur l'ordonnance de* 1731, art. 10 (t. V, p 83).

(2) Bastia, 17 mars 1840 (Dalloz, n° 1960). Gand, 1er juin 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 221), et Rejet, 16 novembre 1836 (*ibid.*, 1836, 1, 340). La doctrine est conforme, sauf le dissentiment de Guilhon, resté isolé (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1960).

donc une libéralité est faite dans l'acte qui contient les conventions matrimoniales, mais au profit d'un tiers, fût-il parent des futurs époux, ce n'est pas là une donation par contrat de mariage dans le sens de l'article 1087; partant elle reste soumise à l'acceptation expresse prescrite par l'article 932. Jaubert le dit formellement dans son rapport au Tribunat. « Ce n'est pas l'insertion d'une donation dans un contrat de mariage qui donnerait ce privilége à la donation; si elle était faite à un autre qu'à un époux, elle serait régie par le droit commun (1). »

163. L'application de ces principes si élémentaires a donné lieu à de fréquents débats qui ont été portés jusque devant la cour de cassation. Il arrive parfois que les parents des futurs époux arrêtent les conventions matrimoniales sans le concours de leurs enfants et en leur absence; ils se portent, à la vérité, fort pour ceux-ci, mais le mariage se célèbre sans qu'il intervienne aucune ratification. On demande si un contrat de mariage ainsi dressé est valable. La négative est consacrée par une jurisprudence constante, comme nous le dirons au titre du *Contrat de mariage* (2). Vainement a-t-on objecté que la célébration du mariage devait être considérée comme un consentement des époux aux conventions matrimoniales (3); les arrêts répondent, et la réponse est péremptoire, que le mariage peut être contracté sans qu'il y ait de conventions matrimoniales; dès lors il est impossible qu'en se mariant les époux manifestent un consentement quelconque relatif à des conventions matrimoniales auxquelles ils sont restés étrangers. Qu'est-ce donc qu'un contrat ainsi passé par les parents? C'est un acte inexistant, car il n'y a pas de contrat sans consentement; or, les futurs époux n'ont pas consenti.

Cela décide la question de savoir si les donations comprises dans un contrat pareil sont valables. Il est certain

(1) Jaubert, Rapport, n° 84 (Locré, t. V, p. 362). Coin-Delisle, p. 551, n° 3 de l'article 1081.

(2) Bastia, 2 mars 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1961).

(3) Furgole donne cette mauvaise raison pour les donations (*Commentaire sur l'ordonnance de* 1731, art. XX (t. V, p. 83). Elle est reproduite par Troplong, n° 2469.

que l'article 1087 ne peut pas recevoir d'application à l'espèce, car il n'y a pas de contrat de mariage. La donation ne pourrait donc valoir que d'après le droit commun ; partant il faudrait une acceptation expresse par un acte authentique, avec notification au donateur. Or, nous supposons que les futurs époux se sont mariés sans avoir confirmé les conventions matrimoniales arrêtées en leur absence et sans avoir accepté les donations. La célébration du mariage, qui ne peut pas même valoir comme consentement tacite, est bien moins encore une acceptation expresse. Cela est décisif; la jurisprudence est en ce sens (1).

Il y a cependant des arrêts qui admettent que la donation faite aux époux est validée s'il s'agit d'une dot en argent et que la somme promise a été touchée par les époux (2). Ils donnent d'assez mauvaises raisons à l'appui de ces décisions ; l'un invoque l'article 1340, un autre prétend que la donation existe au moins comme fait (3). Il suffit de lire l'article 1340 pour se convaincre qu'il est inapplicable ; en effet, il suppose que la donation nulle en la forme est exécutée par les héritiers du donateur ; quant au donateur lui-même, il ne peut valider la donation par aucun acte confirmatif; c'est la disposition formelle de l'article 1339. Dire que la donation est un fait, c'est ne rien dire ; un contrat solennel, inexistant comme tel, ne peut pas valoir comme fait. Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que la donation consistant en valeurs mobilières peut se parfaire en remettant la chose au donataire; elle vaudra comme don manuel : ce qui écarte entièrement l'article 1087.

164. L'article 1087 s'applique à toute donation faite par contrat de mariage, à la donation de biens présents comme à l'institution contractuelle; la loi ne distingue pas et il n'y avait pas lieu de distinguer. Lorsque la donation comprend les biens à venir, elle prend un tout

(1) Nîmes, 8 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188); Toulouse, 20 juillet 1852 (Dalloz, 1853, 2, 124).
(2) Cassation, 11 juillet 1853 (Dalloz, 1853, 1, 281).
(3) Toulouse, 5 mars 1852 ; Pau, 1er mars 1853 (Dalloz, 1853, p. 123, 124).

autre caractère, c'est l'institution d'un héritier par contrat. La loi l'affranchit de la plupart des règles qu'elle établit pour les donations entre-vifs, et quant à la forme et quant au fond; nous exposerons ces dérogations plus loin en traitant de l'institution contractuelle. La donation de biens présents peut aussi être faite sous des conditions que le code défend dans les donations ordinaires. Nous renvoyons à l'article 1086, qui est le siége de la matière.

§ II. *Des donations faites en faveur du mariage.*

165. « Les donations faites en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. » Nous avons dit ailleurs les motifs de cette disposition exceptionnelle; elle donne lieu à une question très-controversée, celle de savoir si l'article 959 s'applique aux libéralités que l'un des époux fait au profit de l'autre; nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Donations entre-vifs* (1).

166. Toutes les donations sont, en général, révoquées par survenance d'enfant; l'article 960 fait exception pour les donations que l'un des conjoints fait à l'autre. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (2).

167. « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas » (art. 1088). Cette disposition n'est pas une dérogation au droit commun; c'est l'application des principes généraux qui régissent les contrats conditionnels. Une donation faite en faveur du mariage est une donation conditionnelle; la donation n'ayant d'autre objet que de favoriser le mariage est par là même faite sous la condition que le mariage en faveur duquel elle a lieu s'accomplisse. Si la condition défaillit, il en résulte qu'il n'y a jamais eu de donation.

168. L'application des articles 959, 960 et 1088 sou-

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 22, nos 21 et 22.
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 78, n° 79.

lève diverses questions. On demande d'abord ce qu'il faut entendre par donation en faveur du mariage. L'article 1088 en donne la définition implicite; c'est une donation faite sous la condition que le mariage s'ensuive. Quand peut-on admettre que la donation est faite sous cette condition? Si elle est faite aux futurs époux par leur contrat de mariage, elle a, par cela même, pour objet de favoriser ce mariage; c'est donc une donation faite en vue de ce mariage, c'est-à-dire une donation conditionnelle. Dira-t-on que c'est là une présomption et qu'il n'y a pas de présomption sans loi? Il y a un texte qui implique l'existence de la présomption; l'article 1541 décide que tout ce qui est donné à la femme en contrat de mariage est dotal s'il n'y a stipulation contraire. Il suffit donc qu'une donation soit faite à la femme par son contrat de mariage pour qu'elle fasse partie intégrante de ce contrat, et qu'elle s'y rapporte à ce point que la donation est présumée faite en vue du régime que les futurs époux adoptent; c'est bien dire que la donation est subordonnée au mariage et même aux conventions matrimoniales des époux. Cependant il se peut qu'une donation, quoique portée au contrat de mariage, soit indépendante et des conventions matrimoniales et du mariage lui-même. C'est à ceux qui prétendent qu'une donation, quoique contenue dans le contrat de mariage, est étrangère au mariage, à le prouver; ils ont contre eux la présomption consacrée par l'article 1541, mais ils sont admis à la preuve contraire, laquelle est de droit commun.

Une donation peut être faite en faveur du mariage, bien qu'elle ne soit pas comprise dans l'acte qui contient les conventions matrimoniales. Ici nous sommes sans présomption aucune; en vain dirait-on qu'il est probable que la donation est étrangère au mariage; une probabilité n'est pas une présomption légale. Il se peut que les époux ne fassent pas de contrat de mariage, cela arrive dans tous les cas où ils entendent se marier sous le régime de la communauté légale; et cependant il peut y avoir des donations en faveur de ce mariage; comment le prouvera-t-on? D'après le droit commun, puisque le code

n'y déroge pas; on consultera, avant tout, les termes de la donation, puis les circonstances de la cause(1). Les auteurs remarquent tous qu'il ne suffit point que le donateur dise qu'il fait la donation pour faciliter au donataire un mariage avantagenx; on ne peut pas voir de condition là où les éléments de la condition n'existent pas; or, pour que le mariage devienne la condition d'une libéralité, il faut qu'il soit dit avec qui le mariage doit être contracté, ou du moins qu'il soit prouvé que la donation a été faite en vue d'un mariage déterminé; le simple motif n'implique pas une condition. Le principe est certain, l'application est une question d'interprétation (2).

169. Un contrat de mariage est dressé, contenant une donation de l'oncle et de la tante de la future, en faveur du mariage. L'union rencontre des difficultés par suite desquelles les parties résilient les conventions matrimoniales qu'elles avaient souscrites; l'oncle, tant en son nom que comme héritier de sa sœur, déclare adhérer à cette résiliation. Puis les obstacles étant levés, le mariage se célèbre, après que les époux avaient fait un nouveau contrat identique au premier, mais sans l'intervention du donateur. Il a été jugé que les donations faites dans le premier contrat étaient devenues caduques par la résiliation et n'avaient pu revivre en vertu du nouveau contrat. La question, d'après les faits et circonstances de la cause, n'était pas douteuse. Il faut aller plus loin et décider, comme l'a jugé la cour d'Agen, que le seul fait de rompre le mariage, alors même qu'il n'y aurait eu aucune résiliation de contrat et quoique les parents donateurs soient restés étrangers à la rupture, suffit pour anéantir la donation; le contrat de mariage n'est qu'un projet; de même que le mariage, quand le projet de l'union est abandonné, le projet de conventions matrimoniales est abandonné par cela même. En vain le projet serait-il repris et aboutirait-il au mariage; c'est un projet nouveau qui de-

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 551, n° 2, de l'article 1081. Duranton, t. IX, p. 658, 667.
(2) Grenier, t. III, p. 245, n° 407. Duranton, t. IX, p. 658, n° 667.

mande une nouvelle convention et, par suite, un nouveau consentement (1).

170. Si le mariage était annulé, les donations faites en faveur de ce mariage tomberaient, car le mariage nul est considéré comme n'ayant jamais existé; par suite, la donation faite en faveur de ce mariage n'a plus de cause. Il faut cependant faire une exception en faveur de l'époux de bonne foi, car, à son égard, le mariage subsiste, ainsi que les conventions matrimoniales, donc aussi les donations qui en font partie. Si la donation tombe, la caducité réagit contre les tiers; nous ne comprenons pas que Delvincourt ait pu soutenir le contraire, il est inutile d'insister sur une erreur que tout le monde reconnaît (2).

La nullité du contrat de mariage entraînerait-elle aussi la caducité de la donation qu'il contient? Il ne peut plus être question de caducité, puisque le mariage en vue duquel la libéralité a été faite a été célébré. Mais on peut soutenir que la donation est une clause du contrat de mariage et que la nullité du contrat principal entraîne la nullité des stipulations accessoires (n° 188). L'article 1541 vient à l'appui de cette opinion; nous reviendrons sur la question au titre du *Contrat de mariage*, où se trouve le siége de la matière. La question suppose que le contrat est simplement nul, c'est-à-dire annulable. Si l'acte était inexistant, par exemple, si les conventions matrimoniales avaient été constatées par acte sous seing privé, il n'y aurait aucun doute; la donation serait inexistante aussi bien que le contrat de mariage (3).

171. Il a été jugé que l'article 1088 est applicable aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Cela ne fait pas de doute; la fraude ne peut jamais déroger à la loi. S'il est constant qu'une libéralité a été faite en vue d'un mariage qui ne s'est pas réalisé, cette libéralité doit tomber, qu'elle soit déguisée ou faite

(1) Agen, 20 juillet 1841, et Rejet, 30 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 430).
(2) Troplong, n° 2475 et suiv., t. II, p. 387; Demolombe, t. XXIII, p. 275, n° 254.
(3) Rouen, 10 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Interrogatoire*, n° 31, 3°).

dans les formes légales (1). Il en est de même de la révocation des donations pour ingratitude ou survenance d'enfant; les articles 959 et 960 s'appliquent aux donations déguisées; nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce sujet au chapitre des *Donations* (2).

SECTION II. — Donation de biens présents.

172. L'article 1081 porte : « Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales pour les donations faites à ce titre. » Cette disposition est conçue en termes trop généraux. Il est certain que les règles spéciales établies par les articles 959, 960, 1087 et 1088 s'appliquent à la donation de biens présents; elle est soumise à ces règles spéciales par cela seul qu'elle est faite par contrat de mariage, ou du moins en faveur du mariage. L'article 1086 consacre une exception bien plus importante; nous y reviendrons en expliquant cette disposition.

173. C'est avec ces restrictions qu'il faut entendre le principe établi par l'article 1081; sauf les exceptions que nous venons de rappeler, la donation de biens présents faite aux époux reste sous l'empire du droit commun. Il en résulte que l'on ne peut donner aux futurs époux que dans les formes prescrites par la loi; il n'y a que l'acceptation qui ne doit pas être expresse lorsque la libéralité est faite par contrat de mariage; partant la donation de biens présents, quoique faite en vue du mariage, est un contrat solennel. La jurisprudence n'est pas toujours restée fidèle à la rigueur de la loi.

D'après le texte de l'article 1081, toute libéralité faite en vue du mariage est une donation de biens présents, quand elle porte sur des biens actuels que le donateur transmet à l'époux donataire; et toute donation entre-vifs doit se faire par acte authentique, soit dans le contrat de

(1) Rejet, 7 mars 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3113, 1°).
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 426, n°s 346 et suiv.; et tome XIII, p. 76, n° 77.

mariage, soit par acte séparé. La jurisprudence admet une exception pour les obligations naturelles qui sont acquittées sous forme de libéralités; elle applique cette exception aux pensions qu'un père ou une mère s'engage à payer à un enfant qui se marie. Nous avons combattu le principe de cette prétendue exception (1); nous rejetons aussi l'application que l'on en fait (2). Les motifs que donnent les cours de Belgique ne sont pas toujours les mêmes; en un certain sens ils sont même contradictoires. Un seul et même arrêt dit que la pension est promise en exécution de l'obligation alimentaire qui incombe aux ascendants en vertu des articles 205 et 207; et la cour légitime cette même pension en vertu de l'obligation naturelle que les père et mère ont de doter leurs enfants. Ce vague témoigne déjà contre la jurisprudence; elle voudrait valider ces pensions et elle ne sait trop sur quel principe s'appuyer. Il faudrait cependant s'entendre : une seule et même promesse ne peut être tout ensemble une dette naturelle et une dette civile. Si c'était une vraie dette alimentaire, la question ne serait pas douteuse; qui donc songerait à contester la validité d'une obligation contractée pour aliments? Mais les aliments ne sont qu'un prétexte; ce que l'on appelle aliments est en réalité une dot, telle que l'article 1541 la définit : le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. Si la femme n'a point de dot, peut-elle réclamer des aliments contre ses père et mère? Oui, mais sous la condition, d'abord, que le mari ne soit pas en état de lui fournir ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, car l'obligation alimentaire incombe avant tout au mari (art. 214); puis il faut que la femme prouve qu'elle est dans le besoin, d'après les principes généraux qui régissent le droit aux aliments, et elle n'est dans le besoin que lorsqu'elle ne peut par son travail subvenir

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 436, n°s 355 et 356.
(2) Liége, 19 décembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 197) et 18 décembre 1851 (*ibid.*, 1854, 2, 254). Gand, 14 juillet 1854 (*ibid.*, 1854, 2, 284), et Rejet, 9 novembre 1855 (*ibid.*, 1856, 1, 65). Bruxelles, 9 mai 1835 (*ibid.*, 1835, 2, 193) et 8 avril 1872 (*ibid.*, 1872, 2, 206).

aux nécessités de la vie. Si la femme est réellement créancière, le père et la mère sont débiteurs et, dans ce cas, il n'y a plus de question.

Aucun des arrêts rendus par les cours de Belgique ne constate les besoins de la femme ni son droit aux aliments, ce qui nous fait croire que le droit aux aliments, sur lequel on fonde la pension alimentaire, est un prétexte ou, si l'on veut, un motif de théorie. La vraie vérité est que les conditions requises pour qu'il y ait dette alimentaire n'existent point, et voilà pourquoi on recourt à la supposition d'une obligation naturelle qui serait acquittée par les père et mère. Ici nous rentrons dans la théorie que nous avons combattue au chapitre des *Donations*. Les motifs que donnent les arrêts ne nous ont pas convaincu. La cour de Liége, après avoir constaté que la pension a été constituée comme subside de mariage, ajoute que, dans l'espèce, le montant répond identiquement aux *avantages* que les autres enfants avaient obtenus en se mariant. Un *avantage* que les enfants obtiennent en se mariant s'est toujours appelé une dot, et la dot n'est-elle pas une libéralité? La cour avoue que l'obligation de doter n'est pas sanctionnée par la loi, donc ce n'est pas une dette; et un *avantage* que l'on fait à un enfant, sans qu'on y soit obligé civilement, n'est-il pas une donation? C'est une obligation naturelle, dit la cour de Liége; nous l'admettons, mais qu'est-ce que cela prouve? L'obligation naturelle n'a d'autres effets que ceux que la loi lui reconnaît; or, il n'y a qu'un seul article dans le code qui parle des dettes naturelles; aux termes de l'article 1235, la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Si donc la dot est une obligation naturelle, tout ce qui en résulte, c'est que les père et mère ne peuvent répéter ce qu'ils ont payé à ce titre. La cour de Liége va plus loin, elle en conclut que l'obligation naturelle doit être exécutée dès qu'elle est contractée par un pacte exprès. Ainsi la reconnaissance d'une dette naturelle suffirait pour en faire une obligation civile! Nous cherchons vainement un texte ou un principe sur lequel une pareille théorie puisse s'appuyer.

La cour de Gand a été chercher ce texte dans le droit romain. C'est, dit-elle, le pacte *constitutæ pecuniæ*. Rien de mieux, si nous vivions encore sous l'empire du droit romain. Mais qu'on veuille bien nous prouver que le code civil a maintenu le pacte *constitutæ pecuniæ*. Le mot et la chose sont étrangers à notre droit moderne. Et la nécessité où l'on se trouve d'emprunter au droit romain une doctrine que notre code ignore ne prouve pas précisément en faveur de l'opinion que la jurisprudence consacre. Sur quoi se fondaient les jurisconsultes romains et Pothier, qui reproduit leur décision? Sur l'équité naturelle. Est-ce que l'équité engendre une action sous l'empire d'une législation écrite? Elle ne suffit pas même pour créer une obligation naturelle. Sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Gand, la cour de cassation a décidé qu'il appartenait aux juges du fait d'apprécier les conventions, et que la cour d'appel ayant jugé qu'il y avait une obligation à titre onéreux, cette décision souveraine échappait au contrôle de la cour suprême. La cour de cassation s'est bien gardée d'invoquer le pacte *constitutæ pecuniæ*, qui n'est plus que de l'histoire.

La cour de Bruxelles s'est prononcée également pour la validité de la pension. Dans la première espèce qu'elle a eu à juger, le débat portait uniquement sur l'extinction de la pension. La cour constate que la promesse a été faite « pour sustentation du mariage et comme dot. » Cela ne décide-t-il pas la question? La dot n'est-elle pas une libéralité, alors même qu'il y aurait une obligation naturelle des parents de doter leurs enfants? Le second arrêt décide que, d'après les termes de l'engagement et le taux modique de la pension, il est certain que les père et mère n'ont pas voulu faire à leur fille une libéralité proprement dite. Qu'est-ce donc? La cour n'admet pas que les parents aient, en tout état de cause, l'obligation naturelle de doter leurs enfants; elle considère comme une dette alimentaire la pension de 500 francs que les père et mère s'étaient obligés à payer. Or, les termes mêmes de l'engagement invoqués par la cour prouvent que, dans l'intention des parents, la pension était une dot, c'est-à-

dire une libéralité, car ils la dispensaient du rapport; peut-il être question de dispenser du rapport une dette alimentaire? Les parents se réservaient le droit de rembourser la pension moyennant un capital de 10,000 fr., en ajoutant que ce capital serait rapportable à leur succession. Nouvelle preuve qu'ils entendaient faire une libéralité, car ils appliquaient les principes qui régissent les libéralités : le capital de la dot est sujet à rapport, tandis que les intérêts ne doivent pas être rapportés.

Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de Liége qui juge que l'engagement de payer une pension à leur fille, contracté par ses père et mère en vue de son mariage constitue une donation et, par suite, un contrat solennel (1). Tel est le vrai principe. Il n'appartient pas à la jurisprudence de créer des exceptions.

174. On qualifie ordinairement de *donation contractuelle* la donation de biens présents. Coin-Delisle a raison de dire que l'on devrait bannir ce barbarisme du langage juridique : toute donation n'est-elle pas un *contrat?* qu'est-ce donc qu'une donation *contractuelle?* Nous trouvons cette mauvaise expression dans les arrêts qui décident que la donation de biens présents est soumise à la transcription (2). La question n'est pas douteuse; elle est décidée par l'article 1081 qui soumet la donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, aux règles générales prescrites pour les donations entre-vifs; ce qui rend applicable l'article 939 relatif à la transcription. L'article 1er de la loi hypothécaire belge n'est pas moins explicite; il ordonne la transcription de *tous* actes entre-vifs à titre gratuit, translatifs de droits réels immobiliers. Il se présente cependant une difficulté dans l'application du principe. Les donations de biens à venir ne sont pas soumises à la transcription, comme nous le dirons plus loin, tandis que les donations de biens présents doivent être transcrites. Qu'est-ce que des biens

(1) Liége, 24 janvier 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 25).

(2) Douai, 16 février 1846 (Dalloz, 1846, 2, 227). Nîmes, 31 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 80). Grenoble, 17 janvier 1867 (Dalloz, 1868, 2, 17). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 80, note 4, § 704.

présents, qu'est-ce que des *biens à venir?* Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Donations*. Le mari fait donation de l'usufruit d'immeubles déterminés à sa femme en cas de survie de celle-ci. Il a été jugé que c'est une donation de biens présents (1); cela n'est pas douteux. Ce qui peut tromper les personnes étrangères au droit, c'est que la donation ne reçoit son effet qu'à la mort du donateur et sous la condition que la donataire lui survive. Mais de ce qu'un droit est éventuel, cela ne l'empêche pas d'être certain et de porter sur des biens qui, lors de la donation, sont dans le domaine du donateur; donc la donation a pour objet des biens présents.

Il résulte encore de l'article 1081 que la donation d'effets mobiliers, quoique faite par contrat de mariage, est soumise à l'article 948; elle n'est donc valable que pour les effets dont un état estimatif aura été annexé à la minute de la donation. La cour de Rennes l'a jugé ainsi (2). On prétendait, dans l'espèce, qu'il fallait faire exception pour les donations dont l'exécution est différée par une clause de l'acte; quand même elle serait différée jusqu'à la mort du donateur, il doit y avoir un état estimatif; car le donateur ne donne pas les meubles qu'il laissera à son décès, il donne les meubles qu'il possède au moment de la donation, et précisément parce que l'exécution en est différée, il faut un état estimatif pour en assurer l'irrévocabilité.

175. Le deuxième alinéa de l'article 1081 contient une application du principe posé dans le premier; il porte que la donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI, c'est-à-dire en cas de substitution fidéicommissaire permise. Comme la loi soumet aux règles générales des donations la donation de biens présents faite aux époux, il va de soi qu'elle ne peut être faite au profit des enfants à naître, puisque, aux termes de l'article 906, il faut être au moins conçu au moment de la donation pour être capable de recevoir entre-vifs. On ne s'explique cette dis-

(1) Cassation, 10 mars 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1595).
(2) Rennes, 18 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1942).

position qu'en la mettant en rapport avec l'ordonnance de 1731, qui permettait (art. 10) de donner directement les biens présents aux enfants à naître des futurs époux. Le code abroge cette disposition exceptionnelle et replace les donations de biens présents sous l'empire du droit commun (1). Ce n'est donc que dans les cas où la loi admet les substitutions que les enfants à naître peuvent profiter d'une donation de biens présents, c'est-à-dire quand un père donne à son enfant, ou un oncle à son neveu, les biens dont il peut disposer, avec charge de les conserver et de les rendre aux enfants nés et à naître du donataire. Les enfants ne peuvent pas être appelés aux biens donnés par une clause de substitution vulgaire; la propriété des biens étant transmise actuellement et irrévocablement à l'époux donataire, il ne peut être question d'appeler, en son lieu et place, des enfants à naître (2).

Que faut-il décider si la donation est faite au profit des futurs époux et des enfants à naître de leur mariage? On a prétendu que la donation était nulle comme entachée de substitution. Il a été jugé, et avec raison, que la donation n'imposait pas au donataire la charge de conserver et de rendre les biens donnés, qu'on pourrait tout au plus l'induire par voie de conjecture; or, il n'y a plus de substitution conjecturale. Quel sera l'effet d'une donation pareille? Les enfants à naître ne peuvent pas être compris dans une donation entre-vifs; ils n'en peuvent profiter à titre de substitués, la clause qui les appelle doit donc être réputée non écrite, en ce sens que les enfants qui naîtront ne pourront recueillir le bénéfice de la libéralité qu'à titre d'enfants, c'est-à-dire d'héritiers (3).

176. La conséquence la plus importante qui résulte du principe posé par l'article 1081, c'est que la propriété des biens donnés passe immédiatement à l'époux donataire, alors même que l'exécution de la donation serait différée jusqu'à la mort; une pareille donation n'est pas

(1) Coin-Delisle, p. 553, nº 12, de l'article 1081.
(2) Duranton, t. IX, p. 655, nº 665. Aubry et Rau, t. VI, p. 247, notes 4 et 5.
(3) Rejet, 7 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 312). Toullier, t. III, 1, p. 448, nº 820.

une donation de biens à venir, c'est une donation de biens présents ; le donateur est dessaisi dès l'instant de la perfection du contrat ; le donataire en est saisi, et il peut disposer des objets donnés. Telle est la donation d'une somme d'argent avec la clause qu'elle sera prise sur la succession du donateur ; nous avons examiné ailleurs les difficultés auxquelles cette libéralité donne lieu (1). Quand elle est faite par contrat de mariage, il n'y a plus de doute sur sa validité ; elle vaudra soit comme donation de biens présents, soit comme donation de biens à venir. La jurisprudence s'est prononcée pour la première interprétation (2).

SECTION III. — De l'institution contractuelle.

§ Ier. *Notions générales.*

177. Aux termes de l'article 1082, le donateur peut, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'il laissera au jour de son décès, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage. C'est ce qu'on appelait, dans l'ancien droit, l'*institution contractuelle,* parce que le donateur institue un héritier par contrat. Un de nos anciens auteurs la définit comme suit : « Un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession fait par contrat de mariage au profit de l'un des deux époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble (3). » L'institution contractuelle nous vient des coutumes ; le droit romain l'ignorait ; pour mieux dire, il la prohibait, puisque c'est une convention sur une succession future. Le code aussi défend tout pacte successoire (art. 1130) ; l'institution contractuelle est donc une dérogation au droit commun : elle transmet la succession du donateur aux futurs époux par voie de contrat. Ce qui la caractérise, c'est que le donateur ne se dépouille pas

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 516, n° 425.
(2) Paris, 27 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1346, 2°). Rejet, 12 août 1846 (Dalloz, 1846, 1, 297).
(3) De Laurière, *Des institutions contractuelles*, chap. II.

actuellement au profit des donataires, il ne leur donne pas ses biens présents, il leur donne les biens à venir, ceux qu'il laissera à son décès. Le donateur conserve la propriété de ses biens et la faculté d'en disposer à titre onéreux d'une manière illimitée. Toutefois l'institution contractuelle est irrévocable en ce sens que le donateur ne peut plus disposer des biens à titre gratuit; les donataires sont héritiers par contrat, et le donateur ne peut pas les dépouiller de cette qualité, ni directement en révoquant l'institution, ni indirectement en faisant des libéralités.

178. Dans l'ancien droit, on demandait si l'institution contractuelle était une disposition entre-vifs ou une donation à cause de mort. Les uns disaient que c'est une donation entre-vifs, parce qu'elle confère au donataire un droit irrévocable à la succession du donateur, tandis que les dispositions à cause de mort, soit donations, soit testaments, sont essentiellement révocables. D'autres assimilaient l'institution contractuelle à une donation à cause de mort, parce que le donateur ne se dépouille pas actuellement et qu'il ne donne que les biens qu'il laissera à son décès. Il y avait des auteurs qui l'appelaient *amphibie*, parce qu'elle tient tout ensemble du testament et de la donation. Furgole en conclut qu'elle forme une classe à part qui a ses règles particulières, qu'elle n'emprunte ni de la donation entre-vifs, ni de la donation à cause de mort, ni du testament (1). Toutefois il a été jugé que déjà dans l'ancien droit l'institution contractuelle était, à raison de son irrévocabilité, assimilée aux donations entre-vifs. L'arrêt en déduit cette conséquence que, sous l'empire des coutumes qui permettaient de faire un contrat de mariage sous seing privé, l'institution contractuelle devait se faire, à peine de nullité, par acte authentique (2).

Sous l'empire du code, le caractère de l'institution contractuelle n'est plus douteux. On ne peut plus l'assimiler

(1) Furgole, *Commentaire sur l'ordonnance de* 1731, art. 13 (t. V, p. 100 et suiv.). Coin-Delisle, p. 555, n° 5, de l'article 1082.
(2) Cassation, 4 mars 1863 (Dalloz, 1863, 1, 148).

aux donations à cause de mort, puisque ce mode de disposer à titre gratuit n'existe plus dans notre droit moderne. D'après l'article 893, on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament. Il faut donc classer l'institution contractuelle soit parmi les testaments, soit parmi les donations. Le code a tranché la difficulté en qualifiant de donation l'institution contractuelle (art. 1082); elle se forme par voie de contrat, puisqu'elle doit, sous peine de nullité, être insérée dans le contrat de mariage des futurs époux donataires; cela suffit pour qu'on ne puisse l'assimiler à un testament. D'ailleurs le testament peut toujours être révoqué, c'est un de ses caractères essentiels (art. 895); tandis que l'institution contractuelle est irrévocable. On ne peut pas dire avec Furgole que l'institution contractuelle est une disposition particulière qui a ses règles spéciales, car le code ne lui conserve pas même son nom (1); et c'est à dessein, car on aurait pu conclure de la dénomination d'*institution contractuelle* qu'elle forme une espèce à part, d'où seraient nées des difficultés sur la question de savoir quelles règles la régissent (2). Le code la qualifiant de donation, il faut décider que les règles des donations entre-vifs restent applicables à la donation de biens à venir, sauf les dérogations que la loi y apporte, et elles sont nombreuses.

179. Pourquoi le code permet-il de déroger aux règles fondamentales de notre droit dans les institutions contractuelles? Nos anciens auteurs s'accordent à dire que les institutions contractuelles ont été autorisées pour favoriser le mariage, et c'est la faveur due au mariage qui explique les nombreuses dérogations que le code admet au droit commun en cette matière. On a dit que Dumoulin et les autres commentateurs de nos coutumes s'étaient trompés, qu'il fallait chercher l'origine de l'institution contractuelle dans les coutumes germaniques (3). Il est

(1) Coin-Delisle, p. 555, n°s 5 et 6 de l'article 1082.

(2) Jaubert leur donne le nom qu'elles ont dans l'ancien droit (Rapport, n° 83, dans Locré, t. V, p. 362).

(3) Eschbach, *De l'institution contractuelle*, dans la *Revue de législation*, t. XI, p. 127 et suiv. Coin-Delisle, p. 555, n°s 2 et 3 de l'article 1082).

vrai que la science historique de nos anciens auteurs n'est pas toujours très-exacte, mais ils ne se sont pas trompés en disant que l'institution contractuelle a été admise parce qu'elle favorise le mariage, en favorisant les donations. L'homme a une attache naturelle à ses biens, il n'aime pas de s'en dépouiller de son vivant; les parents mêmes sont peu disposés à faire des donations entre-vifs un peu considérables à leurs enfants. S'ils peuvent leur donner sans se dépouiller eux-mêmes, ils donneront plus volontiers. Tel est l'avantage des institutions contractuelles; le donateur reste maître de sa fortune et il assure sa succession aux donataires; ceux-ci ont donc un droit irrévocable que ne leur donne pas leur qualité de réservataires, le donateur ne peut plus donner son disponible, à leur préjudice. A plus forte raison, ces institutions sont-elles avantageuses lorsqu'elles assurent aux époux la succession d'un parent dont ils ne sont pas héritiers réservataires. Néanmoins on a remarqué que cette manière de disposer n'est pas fréquente (1). La raison en est que les époux ont besoin de ressources actuelles, immédiates; ils préfèrent une donation moins étendue, mais qui leur donne des biens présents, à une donation plus considérable de biens à venir. De là l'usage presque universel des dots ou de pensions dotales.

180. Dans quels termes l'institution contractuelle doit-elle être stipulée? La question seule prouve que ce mode de disposer n'est pas entré dans nos mœurs; si la chose était usuelle, le nom aussi le serait, et le nom suffirait pour prévenir toute difficulté. Il est certain qu'il n'y a pas de termes sacramentels, puisque le code n'emploie pas l'expression usitée dans l'ancien droit. Il y a cependant des expressions traditionnelles que l'on rencontre encore parfois dans les actes modernes. Telle est la promesse de garder succession à un enfant qui se marie; on l'entendait, dans l'ancien droit, en ce sens que le père avait l'intention de disposer contractuellement de sa succession, et on doit encore lui donner la même significa-

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 299, n° 272.

tion aujourd'hui (1). Peu importent, du reste, les termes, pourvu que le donateur manifeste clairement sa volonté de disposer de ses biens à venir. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que, même dans le droit ancien, l'institution d'héritier par contrat de mariage ne devait pas être exprimée en termes solennels ; en matière de donations comme en matière de testaments, il faut s'attacher uniquement à la volonté du disposant. Dans l'espèce, le contrat de mariage portait la clause suivante : « Il est convenu, en cas de prédécès de la future sans enfants, que le futur ne sera tenu de donner aux héritiers collatéraux de ladite future, pour tous droits d'hérédité qu'ils pourraient prétendre dans la succession, qu'une somme de 2,000 livres franche de toutes dettes. » La cour de cassation a jugé qu'il résultait de cette clause que l'intention de la donatrice était d'investir son mari de la totalité des biens qu'elle laisserait à son décès, ce qui constitue une institution contractuelle (2).

181. Il y a des donations qui, par leur nature, sont des institutions contractuelles, parce qu'elles ont nécessairement pour objet les biens que le donateur laissera à son décès. Telle est la donation qu'un père fait à son fils, en le mariant, de tout ou de partie de son disponible ; cette libéralités, dit la cour de cassation, ne peut avoir d'effet qu'à la mort du donateur, car ce n'est qu'à la mort que la portion disponible peut être déterminée. La cour ajoute que, dans l'espèce, le père l'entendait ainsi, puisque, après avoir donné le disponible à son fils, il lui donnait la jouissance d'une métairie, en attendant le décès du donateur (3).

182. N'en faut-il pas dire autant de la donation d'une somme à prendre dans la succession du donateur? Nous avons dit ailleurs que cette disposition donne lieu à de sérieuses difficultés quand elle est faite par un acte ordinaire : est-ce une donation de biens présents, ou est-ce

(1) De Laurière, *Des institutions contractuelles*, chap. V, n° 17. Comparez Amiens, 15 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Majorat*, n° 17, 1°).
(2) Rejet, 29 juin 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1986, 6°).
(3) Rejet, 12 juin 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1986, 2°).

une donation à cause de mort? Si c'est une donation à cause de mort, elle est nulle, à moins qu'elle ne soit faite par contrat de mariage et, dans ce cas, elle vaudra comme institution contractuelle. Dans l'opinion généralement suivie, l'on admet que la libéralité peut valoir comme donation de biens présents si le donateur a entendu conférer au donataire un droit actuel, en ajournant seulement l'exécution à sa mort (1). Lors donc qu'elle se trouve dans un contrat de mariage, on peut lui donner une double signification, en y voyant une donation de biens présents ou une donation de biens à venir. Les tribunaux se prononcent presque toujours pour cette dernière interprétation. Dans l'intérêt des principes, il importe de constater les motifs de ces décisions.

Les père et mère constituent en dot à leur fils une somme de 60,000 francs, qui lui sera délivrée incontinent après le mariage; ils lui assurent en outre et lui donnent, *dès à présent, en la meilleure forme que donation puisse être,* 150,000 francs, *à prendre dans leurs successions* et avant partage. Cette dernière libéralité est-elle une donation de biens présents ou une institution contractuelle? La cour de Metz l'interpréta dans le dernier sens; les motifs qu'elle donne sont tout à fait généraux et s'appliquent même à une donation faite hors du contrat de mariage. Il ne s'agit pas, dans l'espèce, d'un objet certain et présent, tel qu'un immeuble ou un contrat dont la propriété passe aussitôt au donataire, sauf que sa jouissance ne commence qu'à la mort du donateur; il s'agit d'une somme en deniers qui ne constitue qu'une chose incertaine ou éventuelle, car elle peut ne pas exister à l'ouverture de la succession; n'étant ni actuelle ni présente, elle ne peut être conférée actuellement au donataire, d'où suit que c'est une donation de biens à venir. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet, mais la cour de cassation ne reproduit pas les motifs que nous venons de rapporter, elle se fonde uniquement sur les clauses du contrat de mariage; il comprenait deux libéralités, l'une actuelle de

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 516, n° 425.

biens présents, l'autre future sur les biens à venir; cette dernière était donc une institution contractuelle (1). Ainsi la cour de cassation se fonde sur l'intention du donateur, tandis que la cour de Metz décide la question en droit, comme nous l'avons fait au chapitre des *Donations*.

La cour de Rouen a rendu un arrêt dans le même sens que la cour de Metz. Par contrat de mariage, les père et mère de la future lui constituaient une dot, en avancement d'hoirie, de 800,000 francs, *exigible* six mois après leur décès, et produisant une rente annuelle de 12,000 fr. A s'en tenir au mot *exigible*, on pouvait soutenir que la donation était actuelle et que l'exécution seulement en était ajournée. La cour interpréta l'acte comme nous l'avons fait; les donateurs, dit-elle, ne se dépouillent pas actuellement et irrévocablement du capital de 800,000 francs, ils le retiennent entre leurs mains et restent maîtres d'aliéner et de dissiper leur fortune, de manière à rendre par leur propre fait la donation entièrement nulle. De là la cour conclut que c'est une donation à cause de mort, valable comme institution contractuelle (2).

Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de Bordeaux; elle décide que la libéralité est une donation de biens présents, quoique l'exécution en soit différée jusqu'à la mort du donateur. Dans l'espèce, il était dit que les sommes promises seraient payées en biens-fonds ou en argent, au choix des héritiers du donateur. Le donateur était l'oncle des futurs; il leur constituait une dot à l'occasion de leur mariage; les circonstances de la cause concouraient donc à prouver que l'intention du donateur était de conférer un droit actuel et irrévocable (3).

183. Ce qui caractérise l'institution contractuelle, c'est que le donateur ne se dessaisit pas actuellement et qu'il conserve la libre disposition de ses biens; le donataire n'a droit qu'aux biens qui existent lors du décès. Le donateur donne, par contrat de mariage, le quart par préciput dans des biens particulièrement désignés. Cette

(1) Metz, 5 août 1819, et Rejet, 1er mars 1821 (Dalloz, n° 1985, 1°).
(2) Rouen, 27 juin 1832 (Dalloz, n° 1986, 1°).
(3) Bordeaux, 5 juillet 1839 (Dalloz, n° 1979).

donation sera régulièrement une donation de biens présents; mais s'il résulte de l'ensemble de l'acte que le donateur n'a pas entendu donner une chose présente à la future, qu'il n'a voulu se dessaisir de la propriété d'aucune partie de ses biens, il faut décider, comme l'a fait la cour de Riom (1), que c'est une donation de biens à venir, donc une institution contractuelle.

184. Quand il y a dessaisissement actuel, la libéralité est une donation de biens présents, quelles que soient, du reste, les clauses ou les expressions plus ou moins impropres de l'acte. Un père, en mariant son fils, lui fait donation de biens présents, en le chargeant de les rapporter à la masse pour être partagés avec ses autres biens entre tous ses enfants, *suivant le droit qu'ils pourront y avoir*. On a prétendu, mais par de très-mauvaises raisons, que cette donation était une institution contractuelle. Le père donnait actuellement; donc, en principe, des biens présents; il soumettait le donataire au rapport, et on ne rapporte que les biens que l'on a reçus comme donataire, c'est-à-dire comme propriétaire. La clause qui appelait tous les enfants, *suivant leur droit*, au décès du donateur, impliquait que le donateur se réservait la faculté de disposer de la quotité disponible, il n'instituait donc pas un héritier par contrat. La cour de cassation l'a jugé ainsi (2); et il ne valait vraiment pas la peine de porter devant les tribunaux une affaire claire comme le jour.

Il y a parfois quelque doute, parce que les diverses clauses paraissent contradictoires. Un père institue sa fille son héritière par contrat de mariage; voilà une institution contractuelle, puisque cette disposition n'est autre chose que l'institution d'un héritier par contrat. Le donateur stipule ensuite en sa faveur la réserve de l'usufruit. On s'est prévalu de cette clause pour soutenir qu'il y a donation de biens présents; si, disait-on, l'instituant avait eu l'intention de faire une donation de biens à venir, il eût été parfaitement inutile de réserver l'usufruit, puis-

(1) Riom, 6 mars 1819 (Dalloz, n° 1986, 5°).
(2) Rejet, 13 janvier 1814 (Dalloz, n° 1981).

qu'il aurait conservé la propriété et, à plus forte raison, la jouissance de ses biens. La cour de Bordeaux a néanmoins jugé qu'il y avait institution contractuelle; la clause concernant l'usufruit était une de ces clauses inutiles que les notaires insèrent dans leurs contrats et qui ne peuvent pas altérer la volonté clairement exprimée des parties contractantes (1).

Le doute est parfois plus sérieux. Un oncle donne à son neveu des biens présents, puis il ajoute que le donataire prendra, en outre, dans la succession du donateur, une part égale à celle de ses frères et sœurs, autres neveux du donateur. Cette seconde clause instituait-elle le neveu héritier par contrat? On pouvait le prétendre; à quoi bon lui réserver ses droits héréditaires si l'oncle n'avait entendu les lui assurer à un autre titre que celui d'héritier *ab intestat?* La cour de Lyon préféra une interprétation plus naturelle et plus probable; l'oncle ne manifestait pas la volonté de faire une institution contractuelle outre la donation de biens présents; il prévoyait simplement ce qui devait arriver à sa mort : prévoyance inutile, mais qui ne doit pas être interprétée contre l'intention du disposant. Sur le pourvoi, la cour de cassation décida qu'il y avait du doute sur le sens et le caractère de la disposition; que dès lors les juges du fait avaient pu l'interpréter dans le sens qui leur paraissait le plus conforme aux intentions des parties (2).

185. Dans l'interprétation des institutions contractuelles, il faut suivre la règle qui commande d'interpréter restrictivement les dispositions exceptionnelles. La cour de Paris a très-bien établi le principe. D'une part, en autorisant l'institution d'un héritier par contrat, le législateur a dérogé à plusieurs principes de droit commun en raison de la faveur qui s'attache au mariage; et, d'autre part, celui qui fait une pareille disposition renonce à un droit important et précieux, celui de disposer à titre gratuit. De là la cour tire cette conséquence que le juge ne

(1) Bordeaux, 17 novembre 1828 (Dalloz, n° 1986, 3°). Bruxelles, 18 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 63).
(2) Rejet, 3 janvier 1843 (Dalloz, n° 1984, 7°).

doit pas interpréter trop largement les stipulations sur lesquelles il s'élève un litige; il faut, au contraire, les restreindre au cas expressément prévu, non-seulement en se renfermant dans le sens littéral des termes employés, mais en recherchant quelle était, lors du contrat, la situation des parties et quelle a pu être la pensée de l'instituant (1).

La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Il était dit dans le contrat de mariage que la mère accordait à sa fille sa part et portion intégrale dans les biens qui composeraient sa succession, distraction faite d'un domaine déterminé qu'elle se réservait de donner par préciput à son fils. Celui-ci prédécéda et la mère fit d'autres dispositions préciputaires en laissant à sa fille sa réserve. On prétendit que l'institution contractuelle assurait à la fille la totalité des biens de sa mère. La cour de Paris décida que le cas qui s'était réalisé par la mort du fils n'était pas prévu au contrat; que l'on ne pouvait pas étendre une institution contractuelle à un cas non prévu. Il en résultait que la fille était réduite à sa réserve de la moitié des biens et qu'elle ne pouvait pas attaquer les libéralités faites par la mère sur son disponible. Cette interprétation restrictive de l'institution contractuelle fut maintenue par la cour de cassation (2).

§ II. *Conditions.*

N° 1. FORMES.

186. L'article 1082 porte que les donateurs peuvent, *par contrat de mariage,* disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès. On demande si l'institution contractuelle doit être faite par contrat de mariage pour être valable. Ou suffit-il qu'elle soit faite en faveur du mariage par acte authentique? La question est controversée; nous n'y voyons aucun doute. Les institutions contractuelles dérogent à des principes fondamen-

(1) Paris, 1er décembre 1855 (Dalloz, 1855, 5, 159).
(2) Rejet, chambre civile, 28 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 331).

taux du droit commun; le législateur n'autorise ces dérogations qu'en faveur du mariage; pour avoir la certitude que la donation a pour cause unique le mariage en faveur duquel elle est faite, la loi exige qu'elle soit comprise dans le contrat de mariage. Il y a encore une autre raison de cette rigueur; la libéralité est souvent faite en vue du régime adopté par les futurs époux; il est donc bon que la donation se fasse par le contrat de mariage même, dont elle devient ainsi une clause. On peut reprocher au législateur d'avoir montré une rigueur excessive dans une matière où il montre d'autre part une indulgence extrême; mais cela n'empêche pas que l'interprète ne soit lié par la loi. C'est un système bien arrêté des auteurs du code. L'article 1083 porte que la donation, *dans la forme prescrite au précédent article*, sera irrévocable. L'article 1084, qui traite de l'institution cumulative, dit aussi : « La donation *par contrat de mariage* pourra être faite cumulativement. » L'article 1086, qui permet de déroger aux règles qui concernent l'irrévocabilité des donations, limite cette exception à la donation *par contrat de mariage*. Il en est de même de l'article 1087 qui dispense de l'acceptation expresse les donations faites *par contrat de mariage*. Ce qui complète cette démonstration, c'est que le code n'a fait que suivre la tradition du droit coutumier. Dumoulin s'exprime avec sa précision habituelle : il ne suffit pas, dit-il, que la donation soit faite en faveur du mariage, il faut qu'elle se trouve dans le contrat de mariage même, de sorte que l'institution contractuelle soit une clause des conventions matrimoniales. Lebrun dit que la première condition de ces institutions est qu'elles soient faites dans des contrats de mariage, parce qu'étant contre le droit, on ne les a admises que par la faveur extrême de ces contrats. Merlin apporte encore d'autres témoignages, et il dit qu'il pourrait ajouter les autorités de tous les jurisconsultes français qui ont écrit sur la matière. Quand le texte, les principes et la tradition sont d'accord, il ne devrait plus y avoir de controverse (1).

(1) Coin-Delisle, p. 557, n° 13 de l'article 1082, réfute l'opinion contraire

187. Il résulte de là que l'institution contractuelle est soumise tout ensemble aux formes des donations et aux formes des contrats de mariage. En général, ces formes sont les mêmes, puisque les deux contrats sont solennels. Il y a cependant une condition spéciale prescrite pour la validité des contrats de mariage; ils doivent, sous peine de nullité, être rédigés avant le mariage (art. 1394); donc l'institution contractuelle, qui en fait partie intégrante, ne peut plus se faire après la célébration du mariage (1); elle peut encore être faite après que le contrat de mariage a été reçu; dans ce cas, les parties contractantes doivent observer les formes établies par les articles 1396 et 1397 pour la validité des contre-lettres; nous les exposerons au titre du *Contrat de mariage*.

Il a été jugé, par application de ces principes, que le mandat de consentir une institution contractuelle doit, comme l'acte de donation lui-même, être revêtu de la forme authentique. En effet, le mandat contient le consentement du donateur; or, le consentement n'est valable, il faut dire plus, il n'existe que s'il est exprimé dans la forme authentique. Le même arrêt décide que l'autorisation dont la femme a besoin pour faire une institution contractuelle doit aussi être donnée par acte authentique (2). Nous avons examiné la question au chapitre des *Donations*.

Il suit du même principe que les formes particulières aux testaments sont étrangères aux institutions contractuelles. D'après l'article 968, deux personnes ne peuvent tester par un même acte au profit d'un tiers; cette disposition n'est pas applicable à l'institution contractuelle; elle est faite très-souvent par les père et mère au profit de l'enfant commun. La raison de cette différence tient à la révocabilité du testament, tandis que l'institution contractuelle est irrévocable (art. 1083) (3).

de Vazeille et de Toullier. Merlin paraît pencher pour cette opinion (*Répertoire*, au mot *Institution contractuelle*, § III, t. XV, p. 202).

(1) Grenier, t. III, p. 336, n° 427. Merlin, *Répertoire*, au mot *Institution contractuelle*, § III, n° II et n° II *bis* (t. XV, p. 203).

(2) Rejet, 1er décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 15).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 252 et note 11.

188. L'institution contractuelle doit-elle être transcrite? D'après l'article 939, les donations de biens susceptibles d'hypothèques sont soumises à la transcription. L'institution contractuelle étant une donation, on en pourrait conclure qu'elle doit aussi être transcrite. On répond que la loi exige la transcription dans l'intérêt des tiers, créanciers hypothécaires et acquéreurs; or, le donateur ayant la faculté d'aliéner et d'hypothéquer, les tiers sont sans intérêt à la publicité de l'institution contractuelle. La réponse n'est pas tout à fait décisive. Aux termes de l'article 941, le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt; or, les donataires postérieurs à l'institution contractuelle ont intérêt à connaître l'institution contractuelle, et ils sont intéressés à ce qu'elle soit rendue publique, puisque l'instituant n'a pas le droit de faire des donations. La question reste donc douteuse, d'après les textes du code civil. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour la négative (1). Ce qui nous décide à nous rallier à cette opinion, c'est que dans l'ancien droit les institutions contractuelles n'étaient pas soumises à l'insinuation; et l'on donnait comme raison que les créanciers n'y avaient aucun intérêt (2). L'intérêt des donataires subséquents n'aura pas paru suffisant. Or, dans une matière traditionnelle l'ancien droit est d'une grande autorité. Quant à la qualification de donation que le code donne à l'institution contractuelle, elle implique, à la vérité, que les principes des donations entre-vifs sont applicables à la donation des biens à venir, mais dans les limites où il y a analogie; or, l'analogie cesse quand il est question de l'intérêt des tiers, la donation entre-vifs étant translative de propriété, tandis que le donateur qui institue un héritier par contrat reste néanmoins propriétaire.

Autre est la question de savoir si la transcription est requise, en Belgique, par notre loi hypothécaire, en

(1) Grenier, t. III, p. 338, n° 430, et tous les auteurs. Pau, 2 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 173, 2°). Rejet, 4 février 1867 (Dalloz, 1867, 1, 65).

(2) Furgole, *sur l'article* 20 *de l'ordonnance de* 1731 (t. V, p. 187).

France, par la loi du 23 mars 1855. Nous l'examinerons au titre des *Hypothèques*.

189. L'institution contractuelle doit-elle être accompagnée d'un état estimatif quand elle a pour objet des effets mobiliers? Non, et sans doute aucun; car l'état estimatif n'est exigé que pour assurer l'irrévocabilité de la donation entre-vifs; or, l'institution contractuelle est révocable en ce sens que le donateur ne transmet pas au donataire son mobilier présent, mais le mobilier qu'il laissera à son décès; l'état estimatif n'a donc plus de raison d'être (1).

N° 2. QUELS BIENS L'INSTITUTION CONTRACTUELLE PEUT-ELLE COMPRENDRE?

190. D'après l'article 1082, l'institution contractuelle peut comprendre *tout ou partie des biens que les donateurs laisseront à leur décès*. Les termes de la loi sont au fond identiques avec ceux de l'article 895, qui définit le testament l'acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus, *de tout ou partie de ses biens*. C'est une différence capitale entre la donation entre-vifs et l'institution contractuelle; la première ne peut comprendre que les *biens présents* du donateur, et elle est nulle si elle comprend des biens à venir (art. 948); tandis que dans l'institution contractuelle le donateur ne donne pas ses biens présents, il ne donne que ses biens à venir, ceux qu'il laissera à son décès. Nous avons dit la raison de ce caractère distinctif de l'institution contractuelle (n° 179). Sous ce rapport, elle se rapproche du testament : le donateur peut donner ce que le testateur peut léguer.

191. Il peut, dit l'article 1082, donner tous les biens qu'il laissera à son décès; dans ce cas, la donation est universelle et ressemble au legs universel par lequel le testateur donne l'universalité des biens qu'il laissera à son décès (art. 1003). L'institution universelle, de même

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 252 et note 13. Comparez Riom, 5 décembre 1825 (Dalloz, n° 2395).

que le legs universel, comprend toute l'hérédité du disposant, « sans que l'on puisse rechercher la nature des biens, ni à quel titre et par quel événement ils sont venus en la possession du défunt dont ils forment la succession. » Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (1). La cour de Rouen a appliqué ce principe dans l'espèce suivante. Un époux fait, par contrat de mariage, donation universelle à son conjoint de tous les biens qu'il possédera à son décès; puis il souscrit pendant le mariage un contrat d'assurance sur la vie, par lequel il stipule qu'une somme de 25,675 francs sera payée, lors de son décès, *à ses héritiers ou à son ordre;* par testament, il charge son exécuteur testamentaire de toucher cette somme et de la distribuer aux personnes qui y étaient désignées. Il a été jugé que ce capital appartenait au donataire universel appelé à recueillir l'hérédité du donateur. Celui qui a fait une institution universelle ne peut plus faire de testament, sauf dans les limites où il lui est permis de disposer à titre gratuit, c'est-à-dire pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement; or, dans l'espèce, le legs de 25,000 francs comprenait le quart de l'hérédité; il ne rentrait donc pas dans l'exception, partant il restait compris dans l'institution (2).

192. L'institution contractuelle peut aussi ne comprendre qu'une partie de l'hérédité de l'instituant. Elle peut être à titre universel, comme le legs. Ainsi l'institution contractuelle peut porter sur les immeubles que le donateur laissera à son décès. Que deviendrait ce legs si le donateur aliénait tous ses immeubles, comme il en a le droit? On suppose que la vente n'est pas faite en fraude de l'institué. Celui-ci pourrait-il réclamer le prix qui aurait été payé ou qui serait encore dû? La négative est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Nous n'y voyons aucun doute. Le donataire, de même que le légataire, ne peut réclamer que ce qui lui a été donné ; or, dans l'espèce, il n'a droit qu'aux immeubles qui existeront

(1) Rejet, 7 novembre 1832 (Dalloz, n° 1985, 2°).
(2) Rouen, 20 juin 1868 (Dalloz, 1869, 2, 120).

dans l'hérédité du donateur; s'il n'y a pas d'immeubles, il n'a droit à rien. Vainement dirait-il que la subrogation est de droit dans les successions; nous n'admettons pas ce prétendu principe, parce qu'à notre avis, il n'y a pas de subrogation sans loi; et, dans l'espèce, personne ne l'admet. Si le donataire universel a droit au prix payé ou dû pour les biens vendus, ce n'est pas en vertu d'une subrogation, c'est parce qu'il est appelé à tous les biens que le donateur laisse à son décès; tandis que le donataire à titre universel des immeubles n'a de droit que sur une certaine espèce de biens; ce qui décide la question (1).

193. L'institution contractuelle peut-elle comprendre des biens particuliers? La question est controversée. C'est une de ces controverses que nous avons de la peine à comprendre, parce que le texte de la loi la décide. Que dit l'article 1082? Le donateur peut disposer de tout ou *partie* des biens qu'il laissera à son décès. Que faut-il entendre par *partie des biens?* Cela veut-il dire une partie aliquote, un tiers, un quart de tous les biens? L'article 895 contient la même expression en matière de testament, donc dans une matière tout à fait analogue. Et qu'entend-on par *partie des biens* dans les legs? Ce sont les legs à titre universel et à titre particulier. Si l'on peut léguer tels biens, pourquoi ne pourrait-on pas les donner alors que la donation, comme le legs, porte sur les biens que le disposant laisse à son décès? Serait-ce parce que l'expression d'*institution contractuelle* fait naître l'idée d'une succession, donc d'une universalité? On répond que cette expression ne se trouve pas dans le code, et celle qu'il emploie, *partie des biens*, a un sens technique, elle s'applique non-seulement à une universalité, mais aussi à des biens particuliers. C'est l'opinion généralement suivie (2).

La jurisprudence est hésitante. Nous avons cité les

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 250, note 6, § 739, et les autorités qu'ils citent. Demolombe, t. XXIII, p. 307, n° 281.

(2) Coin-Delisle, p. 558, n°s 15 et 16, de l'article 1082. Aubry et Rau, t. VI, p. 250, note 7. Demolombe, t. XXIII, p. 306, n° 280. En sens contraire Duranton et Poujol.

arrêts qui décident que la donation d'une somme à prendre sur la succession du donateur est une institution contractuelle. Il y en a d'autres dans le même sens. Un contrat de mariage porte que le futur donne à son épouse une somme de 15,000 francs en pleine propriété et jouissance, à prendre sur les plus clairs deniers de sa succession; l'acte qualifie cette libéralité de donation entre-vifs. Il a été jugé, et avec raison, qu'il faut déterminer la nature d'un fait juridique, non par les termes dont les parties se servent, mais par l'ensemble des clauses de l'acte. Le mari s'est-il dépouillé et la femme a-t-elle été saisie actuellement et irrévocablement de la propriété de la somme donnée? Non; donc ce n'est pas une donation entre-vifs. Cette donation était-elle irrévocable? Oui, en ce sens que le donateur ne pouvait la révoquer par des dispositions à titre gratuit; mais il pouvait la rendre inefficace par des actes à titre onéreux. Voilà bien les caractères d'une institution contractuelle. On pourrait dire que la donation avait pour objet une somme d'argent, donc un objet particulier. Il paraît que l'objection n'a pas été faite, car la cour n'y répond pas. C'est dire que la chose est trop évidente pour être contestée sérieusement (1).

Il y a cependant des arrêts qui décident le contraire. La cour de Bourges dit qu'il y a des différences essentielles entre la donation d'un corps certain et l'institution contractuelle; elle entend par institution contractuelle la donation qui porte sur tous les biens que le donateur laissera à son décès (2). Sans doute il y a des différences; ainsi le donataire universel est tenu des dettes et le donataire particulier n'en est pas tenu. Mais n'en est-il pas de même des legs? et de ce qu'il y a des différences entre les legs particuliers et les legs universels va-t-on conclure que les premiers ne sont pas des legs? La cour de Metz a jugé que la donation de divers immeubles, sous réserve de l'usufruit, est une donation de biens présents.

(1) Rouen, 11 juillet et 20 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 109 et 110). Besançon, 9 juin 1862 (Dalloz, 1862, 2, 116). Bruxelles, 12 août 1862 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 45).

(2) Bourges, 2 mars 1807 (Dalloz, n° 2063, 1°).

Ce peut sans doute être une donation entre-vifs, et, dans l'espèce, la chose n'était pas douteuse, s'il est vrai, comme le dit l'arrêt, que les donateurs s'étaient dessaisis de la propriété de manière qu'ils ne pouvaient plus ni aliéner ni hypothéquer et qu'ils ne conservaient réellement que la jouissance des biens donnés. Mais la donation peut aussi être une institution contractuelle, si le donateur ne se dessaisit point et s'il conserve la faculté d'aliéner et d'hypothéquer (1). De même la donation d'une somme d'argent peut être une donation de biens présents quand le donateur se dessaisit du capital, en s'en réservant seulement la jouissance; la cour de Paris l'a jugé ainsi dans une espèce où la donatrice affectait ses biens présents au payement de la somme donnée, en sorte qu'elle ne pouvait plus en disposer au préjudice du donataire (2). Cela n'empêche pas que d'ordinaire la donation d'une somme à prendre sur la succession du donateur ne soit une donation de biens à venir, donc une institution contractuelle.

194. L'assimilation que l'on fait de l'institution contractuelle et du testament, en ce qui concerne les biens dont le donateur et le testateur peuvent disposer, ne doit pas être prise dans un sens absolu. Il y a une différence essentielle : le testament ne donne aucun droit actuel au légataire, le testateur pouvant toujours révoquer sa libéralité; l'institution contractuelle est irrévocable, en ce sens qu'elle investit le donataire de la qualité d'héritier par contrat; le donateur ne peut plus la lui enlever et, par suite, il ne peut plus disposer de ses biens à titre gratuit. De là suit que la femme mariée sous le régime dotal peut léguer ses biens dotaux, mais elle ne peut pas les donner par institution contractuelle. Elle peut les léguer, parce qu'en les léguant, elle n'aliène rien, la propriété des biens légués n'étant transmise au légataire qu'au décès du testateur; et, à ce moment, il n'y a plus de régime dotal ni de biens dotaux. Elle ne peut pas les donner par institution contractuelle, parce qu'en les don-

(1) Metz, 3 décembre 1812 (Dalloz, n° 2063, 2°).
(2) Paris, 15 février 1822 (Dalloz, n° 2063, 3°).

nant elle aliène une partie de son droit de propriété, le droit de disposer à titre gratuit.

Cette question est cependant très-controversée. A notre avis, la solution n'est pas douteuse. La cour de Pau l'a établie avec une certitude que l'on peut qualifier d'évidence. Aux termes de l'article 1554, les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, sauf les exceptions qui sont admises par les articles 1555-1559. L'article 1554 consacre une prohibition générale, absolue, en ce sens qu'elle s'applique à toute aliénation, quels qu'en soient le caractère et la cause. Reste à savoir si l'institution contractuelle contient une aliénation. Qu'est-ce que la propriété? L'article 544 répond que c'est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue; il suit de là que tout fait juridique qui restreint le droit absolu de disposer est une aliénation; or, l'article 1083 déclare que l'instituant ne peut plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans l'institution; la conséquence est manifeste; le droit de propriété est amoindri par l'institution contractuelle, puisqu'elle enlève au donateur la faculté de disposer à titre gratuit (1). L'argument est décisif, et l'on n'y a jamais répondu. Nous allons entendre un des derniers arrêts rendus en sens contraire, celui de Grenoble (2).

195. La cour part d'un principe tout différent. Elle dit que la femme, même mariée sous le régime dotal, est capable de contracter et de disposer de ses biens; que les conditions auxquelles la loi la soumet sont des exceptions ou des restrictions qu'il faut limiter aux cas qu'elle a spécialement prévus. Cela n'est pas exact. La femme mariée, loin d'être capable en principe, est rangée parmi les incapables; pour elle la capacité, loin d'être la règle, est l'exception. Quand elle est mariée sous le régime dotal, son incapacité est encore augmentée, elle ne peut pas disposer de ses biens dotaux, alors même qu'elle serait

(1) Pau, 26 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 132).

(2) Grenoble, 11 juin 1851 (Dalloz, 1854, 2, 71). Comparez Nîmes, 1er février 1867 (Dalloz, 1868, 2, 134); Bordeaux, 8 mai 1871 (Dalloz, 1872, 2, 5). Voyez les citations dans Aubry et Rau (t. VI, p. 250, note 8); Demolombe (t. XXIII, p. 310, n° 284), et Dalloz, 1854, 2, 71, note, et 1868, 2, 132, note.

autorisée par son mari ou par justice. Cette prohibition d'aliéner forme la règle, le droit d'aliéner les biens dotaux est une exception. Il faut donc renverser le principe formulé par la cour de Grenoble : la femme est incapable d'aliéner ses biens dotaux, elle ne peut le faire que dans les cas prévus par la loi, et ces exceptions doivent être interprétées avec rigueur.

La cour, partant d'un faux principe, doit arriver à une conséquence également fausse. Aucun article du code, dit-elle, ne refuse formellement à la femme la faculté de disposer de ses biens dotaux par une institution contractuelle; donc elle jouit de ce droit. Il faut dire, au contraire, avec la cour de Pau : la loi défend à la femme d'aliéner ses biens dotaux; or, l'institution contractuelle est une aliénation partielle, donc la femme dotale ne peut donner ses biens par institution contractuelle, à moins qu'une disposition formelle ne fasse exception à la prohibition de l'article 1554.

La cour de Grenoble invoque l'esprit de la loi. Pourquoi le code défend-il d'aliéner les biens dotaux? La cour répond que la dot est apportée au mari pour subvenir aux charges du mariage, et que la prohibition d'en disposer n'a d'autre motif que d'assurer cette destination; or, l'institution contractuelle ne prive pas le mari de la jouissance des biens dotaux; dès lors la prohibition d'aliéner ne reçoit pas d'application à l'institution contractuelle. Le principe d'où part la cour est encore une fois inexact; la cour de Pau dit qu'en déclarant les biens dotaux inaliénables, la loi n'a pas entendu en assurer la jouissance au mari, elle a voulu prémunir les femmes contre leur faiblesse et leur dépendance; quand la femme a la faculté d'aliéner ses propres, il est à craindre qu'elle ne les aliène sous l'empire d'une contrainte morale que le mari exerce sur elle; il n'y a qu'un moyen de la garantir contre cet abus de l'autorité maritale, c'est de défendre l'aliénation des biens dotaux. La loi veut que la femme conserve sa propriété entière; donc il doit lui être défendu de l'aliéner partiellement, en se dépouillant du droit d'en disposer à titre gratuit.

La cour de Grenoble avoue que l'institution contractuelle enlèverait à la femme la faculté de transmettre ses biens à titre gratuit; mais, dit-elle, cette faculté ne rentre en aucune façon dans l'emploi de la dot. C'est une nouvelle erreur. L'article 1555 dit que la femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur. Voilà, d'après le texte même de la loi, une des destinations de la dot. Eh bien, quand la femme aura disposé de ses biens dotaux par institution contractuelle, elle ne pourra plus établir les enfants qu'elle aurait d'un précédent mariage; preuve évidente que, par cette institution, elle a aliéné un droit essentiel de propriété, un droit que la loi garantit à la femme en lui permettant de doter ses enfants, même malgré le mari.

Enfin, la cour de Grenoble invoque la tradition; c'est, à vrai dire, le seul argument qui nous ferait hésiter s'il était fondé. Il est vrai que, dans l'ancien droit, la femme dotale pouvait faire une institution contractuelle. Mais le code civil a établi des principes absolus là où, dans l'ancienne jurisprudence, régnait un arbitraire sans bornes; chaque parlement admettait des exceptions à l'inaliénabilité de la dot. Le code a mis fin à cette incertitude; il pose une règle et il précise les exceptions en dehors desquelles on rentre dans la règle. Cela est décisif; l'institution contractuelle est prohibée par cela seul qu'elle n'est pas autorisée (1).

N° 3. QUI PEUT FAIRE UNE INSTITUTION CONTRACTUELLE?

196. L'article 1082 dit que les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux et même les étrangers peuvent faire une institution contractuelle. Cette énumération est empruntée à l'ordonnance de 1731 (art. 10). Furgole remarque à ce sujet que la faveur des donations faites par contrat de mariage ne tient

(1) Agen, 28 janvier 1856 (Dalloz, 1856, 2, 96). Comparez Agen, 6 novembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 134).

pas à la qualité des disposants ; c'est la nature du contrat qui est favorable, quels que soient les donateurs. Toutefois les institutions contractuelles sont des dispositions à titre gratuit ; et pour disposer à titre gratuit, il faut une capacité spéciale, capacité qui varie selon que l'on donne entre-vifs ou par testament. De là une difficulté : quelle capacité faut-il à l'instituant, celle du donateur ou celle du testateur? Nous avons répondu d'avance à la question (n° 178). L'institution contractuelle, d'après nos textes, est une donation ; donc l'instituant doit avoir la capacité de donner. Cela est aussi fondé en raison. La loi se contente d'une capacité moindre pour tester, parce que celui qui teste ne se dépouille pas lui-même, il dépouille ses héritiers, et il peut toujours révoquer ses dispositions. Tandis que celui qui donne, aliène actuellement, irrévocablement, il se dépouille lui-même sans compensation aucune ; il faut pour cela la pleine capacité. Sous ce rapport, l'institution contractuelle se rapproche de la donation entre-vifs plus que du testament ; l'article 1083 le prouve, puisqu'il déclare l'institution contractuelle irrévocable à certains égards ; donc il faut que l'instituant ait la capacité requise pour faire une donation (1).

197. L'application du principe ne souffre aucune difficulté quand il s'agit du mineur âgé de seize ans ; la loi lui permet de disposer de ses biens par testament jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont le majeur peut disposer ; mais l'article 905 est conçu en termes très-restrictifs : « le mineur ne pourra disposer que par testament. » Cela décide la question, puisque l'institution contractuelle n'est pas un testament. Tout le monde étant d'accord, il est inutile d'insister. Nous dirons plus loin quelles dispositions le mineur peut faire quand il se marie.

Quant à la femme mariée, il est tout aussi évident qu'elle ne peut faire d'institution contractuelle sans autorisation de son mari ou de justice. L'article 217 la dé-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 252, note 14, et les autorités qu'ils citent.

clare incapable de *donner* et d'*aliéner;* or, l'institution contractuelle est une donation, et elle emporte une aliénation partielle du droit de propriété, comme nous venons de le dire (n° 194). L'article 905 reproduit la disposition de l'article 217 en déclarant que la femme ne peut donner entre-vifs; et quant au droit de disposer, l'institution contractuelle est assimilée à la donation entre-vifs (n° 196). Un de nos bons auteurs, Grenier, a cependant soutenu que la femme peut faire une institution contractuelle sans autorisation aucune, parce que l'article 905 lui permet de disposer par testament sans consentement de son mari et sans autorisation de justice. L'erreur est si évidente que nous croyons inutile d'insister. On peut consulter Duranton qui la réfute longuement (1).

Les personnes placées sous conseil pour faiblesse d'esprit ou pour prodigalité ne peuvent aliéner sans l'assistance de leur conseil; donc elles ne peuvent faire d'institution contractuelle sans cette assistance. Nous examinerons plus loin la question de savoir si elles peuvent disposer à titre gratuit au profit de leur conjoint.

198. Il ne peut être question d'institutions contractuelles faites par un interdit. On a demandé si l'on doit appliquer l'article 504 aux institutions contractuelles faites par une personne que l'on prétend avoir été en état de démence, alors que son interdiction n'a pas été provoquée et que la preuve de la démence ne résulte pas de l'acte même. D'après la doctrine aujourd'hui universellement suivie, l'article 504 ne reçoit pas d'application aux donations et testaments; on peut les attaquer en vertu de l'article 901, en prouvant que le disposant n'était pas sain d'esprit. L'institution contractuelle est-elle régie par l'article 901 ou par l'article 504? Il a été jugé qu'on doit l'assimiler aux donations; cela n'est pas douteux; l'institution contractuelle est toujours une libéralité, qu'on la considère comme donation ou comme testament; donc l'article 901 est applicable (2).

(1) Duranton, t. IX, p. 715, n° 723.
(2) Gand, 13 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 219).

N° 4. AU PROFIT DE QUI L'INSTITUTION CONTRACTUELLE PEUT-ELLE ÊTRE FAITE?

199. D'après l'article 1082, l'institution contractuelle peut être faite, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. La disposition doit être entendue dans un sens restrictif. C'est pour favoriser le mariage que le législateur permet l'institution contractuelle; or, elle ne favorise le mariage que si elle profite aux futurs époux et aux enfants qui naîtront de leur union. Donc l'institution contractuelle ne peut être faite qu'en leur faveur.

200. La donation est faite aux futurs époux : profite-t-elle à chacun d'eux pour moitié, ou est-elle censée faite pour le tout à l'un d'eux? En principe, la question n'est pas douteuse, quoiqu'elle soit controversée. Lorsqu'un droit divisible est donné à deux personnes, il se divise entre elles, chacune n'en a que la moitié. Donc l'institution contractuelle se divise entre les deux époux. La cour de Caen l'a jugé ainsi dans une espèce où les termes de l'acte décidaient la difficulté. Le père du futur époux faisait don *aux futurs*, pour la bonne amitié qu'il *leur* portait, de tous les biens qu'il laisserait à son décès. Il était stipulé que le survivant des époux en jouirait en toute propriété. Les deux époux acceptèrent (1).

Il y a une décision en sens contraire de la cour de Bruxelles. L'acte portait que la donation était faite aux deux futurs époux; on ne peut supposer, dit la cour, que l'intention des parties ait été que la moitié de l'immeuble donné appartînt à la future épouse; si l'acte parle des deux futurs époux, c'est parce qu'ils devaient jouir ensemble de la libéralité (2). Il se peut sans doute que telle soit l'intention du donateur, mais alors il doit avoir soin de l'exprimer; s'il donne aux deux époux, il y a deux do-

(1) Caen, 7 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 112).
(2) Bruxelles, 23 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 243), et 9 juin 1810 (Dalloz, n° 2253).

nataires, à moins que l'on ne prouve que les termes de la donation ne répondent pas à la pensée du donateur. La cour de Bruxelles semble s'être guidée d'après les présomptions que l'on suivait dans l'ancien droit. Lorsque le donateur était un étranger, on présumait qu'il avait voulu gratifier les deux époux; quand c'était un père qui donnait collectivement aux futurs époux, on admettait qu'il n'avait entendu gratifier que son enfant; on admettait encore d'autres présomptions, toutes fondées sur l'intention probable du disposant (1). Il est évident que ces présomptions n'ont aucune force sous l'empire d'une législation qui n'admet que des présomptions établies par la loi; il n'y a pas de texte, donc il n'y a pas de présomption et, par suite, la question doit se décider, comme nous venons de le faire, d'après les principes généraux.

201. Aux termes de l'article 1082, l'institution contractuelle peut être faite au profit des époux et des enfants à naître du mariage. La loi ne dit pas que le donateur peut instituer directement les enfants à naître, en excluant les époux. Et comme en cette matière exceptionnelle tout est de la plus rigoureuse interprétation, il faut décider que ce que la loi ne permet pas, est par cela même prohibé, si les principes généraux s'y opposent. Or, on ne peut pas faire de donation au profit d'un enfant à naître (art. 902); si la loi le permet dans l'institution contractuelle, c'est sous la condition qu'elle détermine : il faut que l'institution se fasse au profit des époux et des enfants. Cela est aussi fondé en raison; la donation est faite en faveur du mariage; or, favoriserait-elle le mariage si les principaux intéressés, les futurs époux, n'en profitaient pas (2)? Si l'institution était faite au profit des enfants à naître, à l'exclusion des époux, elle serait radicalement nulle, c'est-à-dire inexistante, puisqu'il n'y aurait pas de donataire, les enfants non conçus ne pouvant être gratifiés (3).

202. L'article 1082 dit que le donateur peut disposer

(1) Coin-Delisle, p. 561, nº 26 de l'article 1082.
(2) Duranton, t. IX, p. 676, nº 678, et tous les auteurs.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 258, note 30, § 739.

de ses biens à venir au profit des époux et au profit des enfants à naître de leur mariage dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Si le disposant a compris dans l'institution les enfants qui naîtront du mariage, ceux-ci recueilleront le bénéfice de la libéralité de leur chef, comme héritiers contractuels. Ils ne viennent pas à l'hérédité par transmission, puisque l'époux donataire, étant prédécédé au donateur, n'a jamais eu de droits et ne peut, par conséquent, en transmettre. Ils n'y viennent pas par représentation, car le droit de recueillir une succession par représentation est un droit exceptionnel que la loi n'admet qu'en faveur des héritiers *ab intestat*; les héritiers testamentaires et contractuels n'en jouissent pas. De là suit que les enfants institués héritiers peuvent venir à la succession de l'instituant tout en renonçant à la succession de leur père (1).

Les enfants institués étant héritiers par contrat, leur droit est irrévocable aussi bien que celui de l'époux donataire. Il a été jugé, par application de ce principe, que l'instituant ne peut pas faire à l'institué donation des biens compris dans l'institution. Dans l'espèce, la donation avait été faite en fraude de l'institution contractuelle, pour permettre à l'époux donataire de distribuer inégalement entre ses enfants des biens auxquels les enfants étaient appelés par droit égal; la donation a été annulée (2). Il a encore été jugé que l'institué ne pouvait donner les biens compris dans l'institution à l'instituant; s'il prédécède, il n'a aucun droit, et il ne peut pas disposer, au préjudice des enfants institués au même titre que lui, des biens donnés. Ces biens sont donnés irrévocablement aux enfants, l'instituant ne peut pas leur enlever le titre d'héritier, et l'époux donataire n'a aucun droit s'il prédécède au donateur (3).

203. Qu'arrivera-t-il si les enfants ne sont pas compris expressément dans l'institution contractuelle? Le deuxième alinéa de l'article 1082 décide que « la dona-

(1) Coin-Delisle, p. 564, nos 40 et 41 de l'article 1082.
(2) Riom, 21 août 1829 (Dalloz, no 2027, 3o).
(3) Nîmes, 5 juillet 1826 (Dalloz, no 2028, 1o).

tion, quoique faite seulement au profit de l'époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. » Cette présomption est fondée sur l'intention du donateur; il a fait une donation en faveur du mariage, donc en faveur de la famille qui va se former; l'époux qui s'est marié en considération de cette libéralité a compté, de son côté, que ses enfants en profiteraient si lui venait à prédécéder. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à regarder les enfants comme substitués vulgairement. Déjà dans l'ancien droit l'on admettait que toute institution contractuelle comprenait une substitution tacite au profit des enfants de l'institué. Sous l'empire du code civil, l'on enseigne également que les enfants sont censés substitués aux époux donataires(1). La jurisprudence a consacré l'opinion universelle (2). Toutefois, la loi ne dit pas qu'il y a substitution vulgaire, et l'on a remarqué avec raison que d'après les principes il ne pouvait pas y avoir de substitution. En effet, la substitution vulgaire implique qu'au moment même où se fait la disposition, le substitué et l'institué peuvent y venir et y viennent l'un au défaut de l'autre; donc les enfants à naître ne peuvent pas être substitués à leur père donataire. Mieux vaut ne pas admettre une explication qui, au fond, n'est pas juridique et qui peut induire en erreur, comme nous le dirons plus loin. L'intention des parties contractantes suffit pour expliquer la vocation des enfants, même dans le silence de l'acte.

204. La loi appelle les *enfants et descendants* à naître du mariage, donc tous à titre égal et sans aucune distinction, comme ils viennent à la succession *ab intestat*, dont la succession contractuelle est une image. Il en est de même lorsque le donateur a expressément compris les enfants dans l'institution; le premier alinéa de l'article 1082 parle aussi, en termes généraux, des *enfants à naître du mariage*. La loi veut donc que tous les enfants

(1) Voyez les témoignages dans Demolombe, t. XXIII, p. 315, n° 286; Aubry et Rau, t. VI, p. 256, note 27.
(2) Metz, 7 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2026).

soient appelés, toute pensée d'inégalité lui est étrangère. Il en est même ainsi dans les substitutions fidéicommissaires permises; la loi ne permet pas de faire une distinction entre les enfants à raison de leur sexe ou de la primogéniture; tous sont mis sur la même ligne. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans une donation que le législateur n'autorise que par faveur pour le mariage. Il suit de là que le donateur ne pourrait pas appeler à l'institution l'aîné ou les mâles de préférence aux autres. Cela résulte d'abord de l'intention du législateur, comme nous venons de l'établir d'après le texte de l'article 1082. Les principes ne laissent aucun doute. On ne peut disposer par acte entre-vifs au profit d'enfants non conçus que dans deux cas, par substitution fidéicommissaire et par institution contractuelle; or, la clause qui appellerait quelques-uns des enfants à la succession du donateur par contrat ne rentrerait dans aucun de ces deux modes de disposer : ce ne serait pas une substitution, puisque le donataire étant prédécédé au donateur n'a jamais été gratifié : ce ne serait pas une institution contractuelle, puisqu'elle ne comprendrait pas, comme la loi le veut, tous les enfants à naître du mariage : ce serait donc une donation non prévue par la loi, et par cela même non autorisée, car il faut une disposition formelle pour autoriser la vocation d'enfants à naître (1).

On demande si le donateur pourrait se réserver, en cas de prédécès de l'institué, la faculté de distribuer inégalement entre les enfants du donataire, les biens compris dans l'institution ou de les attribuer exclusivement à quelques-uns. L'affirmative est enseignée, mais il importe de préciser le sens de cette décision. Le donateur ne peut pas d'avance, dans l'acte de donation, déroger à la loi de l'égalité, ce serait un pacte successoire en dehors des cas où la loi l'admet par exception; mais rien ne l'empêche de limiter le bénéfice de l'institution aux époux, en se réservant de disposer des biens comme il l'entendra, au cas où les époux donataires viendraient à prédécéder. Enten-

(1) Duranton, t. IX, p. 689, n° 692, et tous les auteurs.

due en ce sens, la clause est valable ; à vrai dire, elle est inutile, car l'institution étant caduque par le prédécès des époux, le donateur rentre dans son plein droit de propriété, et il disposera de ses biens comme il voudra (1).

205. Les enfants peuvent-ils être exclus de l'institution contractuelle? C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Coin-Delisle, dont l'avis n'a pas trouvé faveur. Nous croyons qu'elle est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 1082 commence par dire que le donateur peut disposer de ses biens à venir par contrat de mariage, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage; la loi ne dit pas que les enfants doivent être compris dans l'institution. Loin de là, elle prévoit le cas où ils n'y seraient pas compris, elle présume alors que la donation est faite au profit des enfants et descendants. Cette présomption est fondée sur l'intention du donateur et des donataires ; elle repose donc sur la volonté probable des parties contractantes; or, quand la loi ne fait que présumer la volonté des parties, elle leur permet par cela même de manifester une volonté contraire. C'est déroger aux principes généraux que d'appeler des enfants à naître ; c'est y rentrer que de limiter la disposition aux futurs époux. La donation sera néanmoins une libéralité en faveur du mariage, puisqu'elle est faite au profit de ceux qui y ont le plus grand intérêt. Il est d'ailleurs dans l'esprit de la loi de laisser une certaine latitude au donateur; plus on veut enchaîner sa volonté, moins il sera disposé à donner (2).

Coin-Delisle avoue que l'opinion générale est fondée sur l'interprétation littérale de la loi, interprétation qu'il appelle minutieuse. Cet aveu suffit pour condamner son dissentiment. Il faut une interprétation minutieuse dans une matière où l'on ne peut ni ajouter à la loi ni en retrancher quelque chose. Les considérations morales que Coin-Delisle invoque nous touchent peu. On ne peut pas reprocher l'égoïsme aux époux donataires qui consentent

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 257, note 28, § 739.
(2) Delvincourt, note 12, sur la p. 110, suivi par tous les auteurs. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 362, nos 29-33.

à l'exclusion de leurs enfants ; car ce ne sont pas les donataires qui dictent la loi, c'est le donateur qui dispose de ses biens comme il l'entend, les donataires ne font qu'accepter ce que le donateur veut bien leur donner.

206. L'institution contractuelle peut-elle être faite en faveur d'autres personnes que les conjoints et les enfants à naître du mariage? Non, et sans doute aucun. La donation des biens à venir déroge aux principes fondamentaux du droit, à des principes qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il a fallu tout l'intérêt que mérite le mariage pour que le législateur autorisât un pacte sur une succession future, pacte qu'il prohibe comme immoral. Voilà pourquoi l'article 1082 limite les personnes au profit desquelles l'institution peut être faite : ce sont les époux, et les enfants à naître du mariage. Hors des cas où la loi permet une exception, on rentre dans la règle, et la règle, dans l'espèce, c'est la prohibition sévère de toute convention sur une succession future. Le principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence (1). Nous allons en faire l'application.

Les enfants nés d'un mariage antérieur ou postérieur du conjoint donataire sont-ils compris dans l'institution? Dans l'ancien droit, il y avait quelque dissentiment sur ce point. On s'est prévalu du texte de l'article 1089 pour soutenir que l'institution profite aux enfants du donataire de quelque mariage qu'ils soient issus. La loi dit que l'institution contractuelle devient caduque lorsque le donateur survit à l'époux donataire et à sa *postérité*. Grenier, se fondant sur ce terme général de *postérité*, a d'abord enseigné qu'il comprenait tous les enfants de l'époux donataire, mais il est revenu sur cette erreur. Il ne faut pas isoler l'article 1089 de l'article 1082; le mot *postérité* signifie donc les enfants à naître du mariage de l'époux donataire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute ; c'est en vue d'un mariage qui doit être célébré que le donateur donne sa succession, il n'entend certes pas la donner à un

(1) Grenier, t. III, p. 338, n° 429, et tous les auteurs. Limoges, 26 février 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2043).

futur mariage, après la dissolution du premier. Quant à donner aux enfants d'un premier mariage, il ne le peut, car donner aux enfants issus d'un mariage dissous, ce ne serait certes pas favoriser le mariage qui va avoir lieu, à moins que l'on ne suppose que l'époux qui se remarie vend son consentement, spéculation très-peu morale que le législateur n'a pas pu encourager (1).

Par les mêmes motifs, il faut décider que les père et mère qui font une institution contractuelle, au profit d'un de leurs enfants qui se marie, ne peuvent pas en faire une par le même contrat au profit d'un autre enfant qui ne se marie point. La disposition vaudra au profit de l'enfant qui contracte mariage; elle sera nulle à l'égard de l'autre. La cour de Limoges l'a jugé ainsi, et cela ne fait pas de doute. On soutenait, dans l'espèce, que la disposition nulle devait profiter à l'enfant marié par droit d'accroissement. La cour a décidé, et avec raison, qu'il ne pouvait pas s'agir d'accroissement alors qu'il n'y avait pas de colégataires. Vainement invoquait-t-on l'analogie, il n'y en a pas. Le donateur n'avait pas appelé les deux enfants conjointement à son hérédité, il avait fait deux institutions contractuelles, l'une valable, l'autre nulle; celle-ci ne pouvant produire aucun effet, les biens qui y étaient compris restaient dans la succession *ab intestat* (2).

207. Dans l'ancien droit, on avait imaginé une clause pour éluder l'application des principes tels que nous venons de les exposer, la clause d'association. On instituait le futur époux avec charge d'associer, c'est-à-dire de faire participer des tiers, par exemple les frères et sœurs du donataire, au bénéfice de l'institution. Cette clause serait-elle permise sous l'empire du code civil? Tous les auteurs, sauf Merlin, la condamnent, et avec raison. On ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement; or, la clause d'association n'était autre chose qu'une institution contractuelle au profit du tiers associé, c'est-à-dire une institution illégale. Cela est décisif; nous

(1) Coin-Delisle, p. 564, n° 36 de l'article 1082, et tous les auteurs. Bruxelles, 27 février 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 51).
(2) Limoges, 26 février 1821 (Dalloz, n° 2043).

croyons inutile de répondre aux mauvaises raisons de Merlin; on l'a fait (1).

Il y a cependant une difficulté. Que devient la part qui devait être remise au tiers associé? On a prétendu que la charge d'associer était une de ces conditions que l'article 900 répute non écrites, et on en a conclu que le conjoint institué profitait seul du bénéfice de l'institution. La conséquence est tellement inadmissible, que Merlin s'en est prévalu contre la doctrine d'où elle semblait découler. Nous croyons que l'article 900 n'est pas applicable à la charge d'association. A vrai dire, ce n'est pas une charge ni une condition mise à un legs. Dans l'intention du donateur, il y a deux institutions, l'une directe et légale, au profit de l'enfant qui se marie; l'autre, indirecte et illégale, sous la forme d'une clause d'association; il faut écarter la forme, dont le législateur ne peut tenir aucun compte, puisqu'elle n'a d'autre but que de faire fraude à la loi. Que reste-t-il alors? Deux institutions contractuelles, l'une nulle, l'autre valable; celle-ci vaudra, l'autre sera non avenue; les biens qui y sont compris resteront dans la succession *ab intestat*. Telle est bien l'intention du donateur. Si l'on appliquait l'article 900, le conjoint institué prendrait toute l'hérédité et l'associé en serait exclu; or, quand cet associé est un frère du conjoint, bien loin de l'exclure de l'hérédité, le donateur a voulu lui assurer sa part dans un contrat irrévocable; s'il ne peut l'obtenir comme institué, il faut au moins qu'il la recueille comme héritier (2).

N° 5. NULLITÉ.

208. L'institution contractuelle qui n'est pas faite dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi est nulle. Est-ce une nullité proprement dite, ou la

(1) Duranton. t. IX, p. 690, n° 694. Coin-Delisle, p. 507, n° 52. Aubry et Rau, t. VI, p. 254, notes 22 et 23. Demolombe, t. XXIII, p. 319, n°s 293 et suivants.

(2) Duranton, t. IX, p. 693, n° 695. Coin-Delisle, p. 569, n°s 56-62. Aubry et Rau, t. VI, p. 254, note 24; p. 258, note 32. Demolombe, t. XXIII, p. 322, n° 295.

donation est-elle inexistante? Elle serait inexistante, d'après le droit commun, si elle était nulle en la forme, c'est-à-dire si elle était faite par acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel. Que faut-il décider si elle n'est pas faite par contrat de mariage? Ce serait une institution d'héritier par contrat, c'est-à-dire une convention sur une succession future, en dehors des conditions sous lesquelles la loi l'autorise, donc un pacte successoire. A notre avis, le pacte successoire est inexistant; nous reviendrons sur ce point au titre des *Obligations* (1).

Par la même raison, il faudrait considérer comme inexistante l'institution qui serait faite au profit de personnes autres que les époux et les enfants à naître de leur mariage. A leur égard, la donation est un pacte successoire non autorisé, donc inexistant, dans notre opinion.

Serait-elle aussi inexistante si elle était faite au profit des enfants à naître avec exclusion des époux? L'affirmative n'est pas douteuse si l'on admet la théorie des actes inexistants. Il n'y a pas de contrat sans consentement; or, les enfants à naître ne peuvent certes pas consentir, et personne ne peut consentir pour eux; il n'y a donc pas de donataires, et sans donataires peut-il y avoir une donation?

209. L'institution contractuelle serait simplement nulle si elle était faite par des personnes incapables, par exemple une femme mariée, sans autorisation maritale. C'est l'application des principes qui régissent les actes nuls ou inexistants; nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

210. Les auteurs, sauf M. Demolombe, ne font pas ces distinctions; ils déclarent dans tous les cas l'institution contractuelle nulle, c'est-à-dire annulable. Ce qu'ils disent de l'action en nullité ne s'applique, dans notre opinion, qu'au cas où l'institution est nulle pour cause d'incapacité. On demande dans quel délai les ayants droit

(1) Aubry et Rau appliquent l'article 943 (t. VI, p. 259, note 33, § 739).

doivent agir en nullité? Il y a quelque doute. Si l'action en nullité est formée par le donateur incapable, l'article 1304 recevra son application, puisqu'il s'agit d'une demande intentée par l'une des parties contractantes. Si ce sont les héritiers qui agissent, pourra-t-on aussi leur opposer la prescription de dix ans? La solution dépend du point de savoir si les héritiers sont censés être parties à l'acte comme représentants du défunt. Il en est ainsi en général; les héritiers n'ont pas d'autres droits que leur auteur. Mais ce principe reçoit exception quand il s'agit d'actes à titre gratuit que les héritiers attaquent en leur nom; et telle est bien l'action en nullité d'une institution contractuelle faite par le défunt. Dès lors on ne peut pas dire que les héritiers aient été représentés à l'acte par le défunt; ils restent donc sous l'empire du droit commun, leur action est régie par l'article 2262 (1).

211. Quand la prescription commence-t-elle à courir? Si l'on admet que les héritiers ont un droit à eux propre qu'ils tiennent de la loi, il faut décider que leur action ne s'ouvre qu'au décès du donateur; car c'est seulement alors que l'institution produit son effet. Quant au donateur, il reste sous l'empire du droit commun. Si c'est pour cause d'incapacité qu'il attaque la donation, il peut agir, d'après l'article 1304, du jour où l'incapacité a cessé. On a opposé l'article 2257, aux termes duquel la prescription ne court pas à l'égard d'une créance suspendue par une condition jusqu'à ce que la condition arrive. Il suffit de lire le texte pour se convaincre qu'il ne reçoit pas d'application à l'action du donateur; il n'a pas de créance contre l'institué; lié par un contrat qui ne lui permet pas de disposer à titre gratuit, il en demande la nullité afin de pouvoir faire de nouvelles dispositions; rien ne l'empêche d'agir immédiatement, et il y a intérêt, afin de reprendre le libre exercice de son droit de propriété. C'est dire qu'il est dans le droit commun, et non dans l'exception prévue par l'article 2257 (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 259, note 36. En sens contraire, Rejet, 1er décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 15).
(2) En sens contraire, Besançon, 30 mars 1844 (Dalloz, 1845, 4, 365).

§ III. *Effets de l'institution.*

N° 1. A L'ÉGARD DE L'INSTITUANT.

212. Le donateur dispose des biens qu'il laissera à son décès ; il ne transmet donc aucun droit actuel à l'institué sur les biens qu'il possède au moment de la donation; il en conserve la propriété, ainsi que de ceux qu'il acquerra dans la suite. Son droit de propriété n'est restreint que pour ce qui concerne la faculté de disposer à titre gratuit. Le donateur a institué un héritier par contrat, il ne peut pas révoquer cette institution en faisant de nouvelles libéralités (art. 1085). Sauf cette exception, le donateur conserve l'entière propriété de ses biens. Cela ne fait aucun doute (1). C'est là le caractère distinctif de l'institution contractuelle et la raison pour laquelle le législateur l'a autorisée : on suppose que ceux qui veulent faire des libéralités aux futurs époux s'y décideront plus facilement s'ils peuvent rester à la tête de leur fortune pendant toute leur vie. Le seul droit dont ils se dépouillent, c'est la faculté de disposer à titre gratuit; il serait plus vrai de dire qu'ils en usent en instituant un héritier, et ayant disposé de leur hérédité à titre gratuit, il est naturel qu'ils ne puissent plus le faire à l'avenir, en revenant sur ce qu'ils ont fait. A cet égard, dit l'article 1085, l'institution est irrévocable. Cela implique qu'elle ne l'est pas pour les actes à titre onéreux.

213. Le donateur, restant propriétaire, conserve le droit de disposer de ses biens à titre onéreux comme il l'entend. Il a été jugé qu'il peut les vendre, moyennant une rente viagère, dans une espèce où la vente comprenait tous les biens du donateur. En droit, la décision est incontestable. L'article 1968 porte que la rente viagère peut être constituée *à titre onéreux* moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 260, note 39, § 739, et les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter Demolombe, t. XXIII, p. 335, n° 310, et Bruxelles, 18 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 63).

pour un immeuble. Donc la vente que le donateur fait de tous ses biens pour un prix consistant en une rente viagère est un contrat à titre onéreux; or, le donateur a un pouvoir illimité de disposer de ses biens à titre onéreux; ce qui décide la question. On objectait que si le donateur aliène tous ses biens à fonds perdu, il ne restera rien dans sa succession, et on en concluait que cette vente était une révocation indirecte de l'institution contractuelle, ce que l'instituant n'a pas le droit de faire. Il est vrai qu'il n'en a pas le droit en disposant à titre gratuit (art. 1085); mais il peut la révoquer indirectement, en vendant ses biens et en dépensant le prix de la vente; or, l'aliénation des biens moyennant une rente viagère n'est pas autre chose (1). Il n'y a qu'une restriction à faire à cette décision, c'est que l'instituant ne peut pas faire de libéralité sous la forme d'un contrat onéreux; ici il est vrai de dire qu'il lui est interdit de faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement. L'aliénation moyennant une rente viagère prête à la fraude, le taux pouvant être fixé si bas que la prétendue vente devient une donation. C'est aux tribunaux à apprécier les faits et les circonstances de la cause.

214. Puisque le donateur peut aliéner, il peut aussi grever les biens de droits réels, d'hypothèque et de servitudes. Le droit est incontestable. Mais ne faut-il pas faire une restriction pour le cas où le donateur agirait en fraude de l'institué? La cour de cassation, en jugeant que le donateur peut concéder une servitude sur les biens compris dans l'institution, ajoute que l'instituant ne peut pas agir en haine de l'institution par lui faite (2). Que faut-il entendre par *fraude* en cette matière? Il est certain que les libéralités déguisées sous la forme d'un contrat onéreux sont nulles; le donateur fait, dans ce cas, ce qu'il n'a point le droit de faire (3). Les héritiers seraient

(1) Rejet, 15 novembre 1836 (Dalloz, n° 2070).
(2) Rejet, 20 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1010).
(3) Bruxelles, 18 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 63). Riom, 12 décembre 1818 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 358). Comparez Rejet, 5 novembre 1806 (Dalloz, *ibid.*, n° 618). Grenier, t. III, p. 268, n° 412, et tous les auteurs.

admis à prouver la simulation, et s'il était établi que l'acte est une libéralité, il devrait être annulé par application de l'article 1085; alors même que les tiers ne seraient pas complices de la fraude, car il ne s'agit pas de l'action paulienne, la nullité est fondée sur l'incapacité de disposer à titre gratuit; il suffit donc de prouver qu'il y a donation, directe ou indirecte, pour qu'elle doive être annulée. Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine, les auteurs confondant l'action paulienne de l'article 1167 avec l'action qui naît de l'article 1085 (1).

Mais on peut demander si, outre l'action qui naît de l'article 1085, les héritiers ont l'action paulienne. Cette action n'appartient qu'aux créanciers contre les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Or, les héritiers ne sont pas créanciers, le donateur n'est pas leur débiteur, le seul droit qu'ils aient, c'est la qualité d'héritier dont l'instituant ne peut pas les dépouiller. Le donateur reste propriétaire, comme tel il peut user et abuser; dès qu'il ne fait pas de donation, il est dans son droit, alors même qu'il dissiperait les biens compris dans l'institution. De là suit que quelque préjudiciables que soient les actes faits par le donateur, les institués n'ont pas le droit de se plaindre; on leur répondrait que celui qui use de son droit ne cause pas de préjudice.

215. L'instituant pourrait-il renoncer au droit de disposer de ses biens à titre onéreux? Troplong dit qu'il n'y a aucun doute sur la validité d'une pareille clause, quoiqu'elle ait été contestée. Il nous semble qu'il y a de très-bonnes raisons pour en douter. Renoncer à la faculté d'aliéner ses biens présents et à venir, dans le but d'assurer les droits de l'héritier contractuel, n'est-ce pas faire une stipulation sur une succession future, pacte successoire qui est prohibé? C'est encore une convention contraire à l'ordre public, puisqu'elle met les biens du donateur hors du commerce pendant toute sa vie; l'institué ne peut les aliéner, parce que son droit ne s'ouvre qu'à la

(1) Duranton exige la complicité des tiers (t. IX, p. 708, n° 714); de même que Demolombe, t. XXIII, p. 337, n° 312.

mort de l'instituant; et celui-ci s'est interdit la faculté de les aliéner. Troplong dit que l'instituant aurait pu donner sa chose irrévocablement, ou la donner en se réservant l'usufruit; pourquoi lui serait-il défendu de s'engager par une promesse qui le rapproche de l'usufruitier? Mauvaise raison; il n'est pas vrai que le donateur peut donner irrévocablement tous les biens compris dans l'institution contractuelle, il peut donner ses biens présents, il ne peut certes pas donner ses biens à venir. S'il donne ses biens présents, on reste dans le droit commun, le donataire devient propriétaire, les biens ne sont pas mis hors du commerce; il n'y a rien dans cette convention qui soit illicite ou contraire à l'ordre public. Il en est de même de la donation avec réserve d'usufruit. Tout autre est la clause par laquelle l'instituant s'interdit une faculté qui est d'ordre public, celle d'aliéner, et stipule sur des biens futurs. Troplong confond donc des conventions d'une nature essentiellement différente. Si le donateur veut conférer au donataire un droit irrévocable, il doit lui donner ses biens présents ou faire une donation cumulative des biens présents et à venir, comme nous le dirons plus loin (1).

216. L'instituant ne peut plus, en principe, disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution. C'est ce que dit l'article 1083, qui est ainsi conçu : « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

Il suit de là que celui qui a disposé de tous ses biens par institution contractuelle ne peut plus faire une nouvelle institution. Ce serait révoquer la première institution, au moins en partie; or, l'institué est héritier par contrat et l'instituant ne peut pas lui enlever ce droit (2).

(1) Duranton, t. IX, p. 707, n° 713; Demolombe, t. XXIII, p. 338, n° 314. Riom, 4 décembre 1810 (Dalloz, n° 2070). En sens contraire, Troplong, t. II, p. 327, n° 2349. Toulouse, 18 janvier 1820 (Dalloz, n° 2074).

(2) Bordeaux, 14 pluviôse an IX (Dalloz, n° 2080, 1°).

Toutefois rien n'empêche le donateur de faire une seconde donation, du vivant du premier donataire, en la subordonnant au prédécès de ce donataire; la seconde donation ne devant produire son effet qu'en cas de caducité de la première, ne porte aucune atteinte à celle-ci. Le cas s'est présenté pour une institution qu'une femme avait faite au profit de son mari par contrat de mariage; elle en fit une nouvelle pour le cas où son mari viendrait à décéder avant elle. On objecta que le premier donataire ne pouvait renoncer au bénéfice de l'institution du vivant de la donatrice; mais l'acte même par lequel la femme faisait une institution nouvelle contenait une réserve expresse des droits éventuels de son mari, réserve sanctionnée par le mari présent à l'acte (1).

217. Celui qui a disposé de tous ses biens par institution contractuelle peut-il encore faire une institution à titre universel? Non, car il a fait un héritier, et il ne peut plus en faire un autre au préjudice du premier; or, disposer à titre universel, c'est faire un héritier qui viendrait enlever au premier une fraction de son droit héréditaire; ce serait donc révoquer la première institution pour cette fraction; or, l'article 1083 décide que l'institution d'héritier est irrévocable. Il ajoute que le donateur ne peut plus disposer que pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement; ce qui implique une disposition à titre particulier et exclut. par conséquent, toute donation à titre universel, quand même elle serait d'une fraction minime des biens du donateur. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord; il n'y a aucun doute, puisque le texte décide la question, et il ne fait que reproduire l'ancien droit (2).

Si le donateur faisait une disposition de quotité, y aurait-il lieu à réduction, ou serait-elle nulle pour le tout? La réduction suppose que le donateur avait le droit de disposer, mais qu'il a excédé la quotité disponible. Or, celui qui, après avoir donné tous ses biens, donne ensuite

(1) Rejet, 29 novembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 132).
(2) Grenier, t. III, p. 269, n° 413, et tous les auteurs. Aix, 17 février 1829 (Dalloz, n° 2080, 2°).

une quotité de ces biens, dispose de ce dont il n'a pas le droit de disposer; il fait donc une disposition nulle. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Après avoir donné à son fils tous les biens qu'il laissera à son décès, le père se remarie et fait donation à sa seconde femme du quart des biens qui lui appartiendront à l'époque de sa mort. La donation fut annulée par le tribunal de première instance. Sur l'appel, la cour d'Amiens déclara la donation valable en la réduisant au sixième de la succession. L'arrêt est très-mal motivé; il y est dit que l'instituant conserve la liberté de disposer d'une partie de ses biens, qu'il peut le faire à titre universel, pourvu que ce soit sans fraude, sauf à la réduire si elle est excessive. Pourvoi en cassation. Le fils donataire dit que l'article 1083 défend au donateur de révoquer l'institution contractuelle par laquelle il a fait un héritier universel; or, c'est la révoquer que donner à un tiers une quote-part des biens, car c'est créer un second héritier qui enlève au premier le quart de son droit héréditaire. L'arrêt a été cassé (1).

218. Le donateur ne peut pas même disposer à titre particulier, soit par donation, soit par testament, des objets compris dans l'institution; cela résulte des termes généraux de l'article 1083 et de l'exception qu'il admet à la règle générale pour les dispositions à titre de récompense ou à un titre analogue. En effet, si le donateur avait la faculté illimitée de disposer à titre particulier, il pourrait épuiser sa succession en donations ou en legs et révoquer indirectement l'institution d'héritier que la loi déclare irrévocable.

219. Le donateur peut-il modifier les conditions et les charges sous lesquelles il a fait l'institution? Dans l'ancien droit, on décidait la négative. On lit dans un réquisitoire de l'avocat général Chauvelin : « Les institutions contractuelles sont regardées comme des actes irrévocables; elles ne sont plus susceptibles de nouvelles condi-

(1) Cassation, 23 février 1818 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Institution contractuelle*, § VIII, n° 6 (t. XV, p. 256). Rouen, 24 mai 1841 (Dalloz, n° 1888).

tions et de nouvelles charges, parce que ces conditions et ces charges emportent une sorte de révocation en ce qu'elles diminuent le bienfait. » Chauvelin ajoute que cette irrévocabilité est dans l'esprit de l'institution contractuelle. « Deux familles s'allient; deux personnes s'épousent avec des promesses et des assurances d'un bien proportionné à leur naissance et aux dignités qui les attendent. Il serait dangereux d'autoriser les donateurs à changer les droits de ceux qui se sont mariés sur les assurances qu'on leur a données dans un contrat solennel (1). »

Ce sont les vrais principes. Seulement il ne faut pas insister, comme le fait Chauvelin, sur le préjudice que les modifications causent aux institués; ce n'est pas une question de préjudice, c'est une question de droit. L'institution contractuelle est un contrat, et il ne dépend pas de l'une des parties contractantes de changer les clauses de la convention; vainement dirait-elle qu'il ne résulte aucun préjudice de ces changements pour l'autre partie, on lui répondrait que les conventions tiennent lieu de loi et ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites (art. 1134).

La jurisprudence consacre le principe formulé par Chauvelin (2), mais elle n'y reste pas toujours fidèle. Une institution contractuelle impose aux enfants donataires la charge de laisser jouir la femme du donateur de la moitié des biens; par son testament, le mari accorde à sa femme la faculté d'opter entre cet usufruit et une rente viagère de 1,500 francs. Il a été jugé que cette conversion n'était point une disposition à titre gratuit défendue au père, par le motif que la rente correspondait à la valeur de l'usufruit (3). La décision est équitable, mais elle n'est pas juridique. Le père avait violé l'article 1134, en changeant un contrat de sa propre autorité et sans le consentement de l'autre partie; ce changement était nul et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Institution contractuelle*, § VIII, n° 6 (t. XV, p. 259).
(2) Riom, 8 février 1817 (Dalloz, n° 2081).
(3) Rejet, 26 mars 1845 (Dalloz, 1846, 1, 374).

devait être annulé, non en vertu de l'article 1083, mais en vertu de l'article 1134.

220. L'article 1083 est conçu dans les termes les plus généraux ; il défend au donateur de disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation. On a soutenu que la prohibition ne s'applique pas aux donations qui ont pour objet l'établissement du donataire par mariage. Au titre du *Contrat de mariage*, nous dirons que la jurisprudence décide, en effet, que le mari contracte à titre onéreux lorsqu'il reçoit la dot de sa femme pour l'administrer et la rendre à la dissolution du mariage, en s'imposant la charge de subvenir à toutes les dépenses du mariage. Mais il faut se garder d'en conclure que la dot n'est pas une libéralité dans les rapports entre le père et la fille. Le père doit-il une dot à ses enfants? Non ; donc en les dotant il leur fait une libéralité. Or, le donateur qui a disposé de tous ses biens par institution contractuelle ne peut plus disposer de ses biens à titre gratuit. Cela est décisif (1).

221. Il va sans dire que les donations indirectes ou déguisées, ou faites par personnes interposées, sont comprises dans la prohibition établie par l'article 1083. Elles sont nulles par cela seul que ce sont des libéralités que l'instituant n'a pas le droit de faire. Peu importe donc la forme dans laquelle il a disposé, il suffit que la disposition soit à titre gratuit pour que le donateur n'ait pas le droit de la faire, car toute libéralité qu'il ferait serait une révocation partielle de l'institution contractuelle, et la loi déclare l'institution irrévocable.

Elle fait cependant une exception pour les dons modiques, à titre de récompense ou autrement. L'exception est fondée sur l'intention des parties contractantes. Celui qui donne ses biens à venir par contrat de mariage reste à la tête de sa fortune ; il peut se réserver la faculté d'en disposer dans de certaines limites ; or, cette réserve est tacite quand il s'agit de dons modiques faits à un titre qui implique un devoir. Tel est le titre de récompense

(1) Lyon, 28 janvier 1855 (Dalloz, 1856, 2, 46).

que l'article 1083 donne comme exemple. La loi ajoute, *ou autrement*, c'est-à-dire, ou à un titre analogue. Dans l'ancien droit, on cite d'habitude les legs pieux, et l'on entendait par là non-seulement les legs faits à l'Eglise, mais aussi les legs faits aux pauvres, en y ajoutant une réserve, c'est que ces libéralités fussent *modérées* (1). Le code a reproduit cette doctrine, en disposant que l'instituant ne pouvait faire de libéralités que pour sommes modiques. Le code, ne désignant pas les titres ou la cause des libéralités modiques qu'il autorise, s'en rapporte par cela même au juge du fait. La *modicité* est une condition toute relative; elle dépend, d'une part, de la fortune du disposant, d'autre part, du service qu'il veut récompenser. Il a été jugé qu'une rente de 1,200 francs était un don modique eu égard à la fortune du testateur. La cour décide aussi que le testateur avait un motif légitime de faire cette libéralité; ce serait, en tout cas, à ceux qui prétendraient qu'il l'a faite par des motifs illicites de le prouver (2). Il a encore été jugé qu'un legs de neuf hectolitres de blé par an fait aux pauvres doit être considéré comme modique, quand le testateur laisse une fortune de 300,000 francs (3).

Si la disposition était faite à titre de récompense ou à un titre analogue, tel que cause pie, la libéralité serait valable, mais elle pourrait être réduite si elle était excessive. Il y aurait, au contraire, nullité si le donateur faisait une libéralité que la loi n'autorise pas; tel serait un legs ordinaire. Le donateur s'est dépouillé du droit de se montrer généreux, libéral, en faisant un héritier de son vivant; il ne peut pas donner ce qu'il a déjà donné, et s'il le fait, la libéralité sera inefficace (4).

222. Le donateur peut se réserver la faculté de disposer de certains objets compris dans l'institution ou d'une somme fixe à prendre sur ses biens. C'est une des clauses qui sont prohibées dans les donations ordinaires

(1) Voyez les témoignages dans Coin-Delisle, p. 575, n° 11.
(2) Bruxelles, 10 juillet 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 320).
(3) Gand, 25 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 121).
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 268, note 47. Duranton, t. IX, p. 703, n° 704.

comme contraires à la maxime *Donner et retenir ne vaut*; la loi les autorise expressément dans toute espèce de libéralité faite par contrat de mariage au profit des époux et des enfants à naître de leur mariage. Nous reviendrons sur cette clause en expliquant l'article 1086.

N° 2. EFFET DE L'INSTITUTION A L'ÉGARD DE L'INSTITUÉ.

I. *Pendant la vie du donateur.*

223. L'institution contractuelle est le don de tout ou partie de la succession du donateur. Donc l'institué est héritier par contrat du vivant même de celui à qui il est appelé à succéder. Cette institution est irrévocable en ce sens que le donateur n'y peut porter atteinte par des libéralités. C'est ce que dit l'article 1083. D'après cela, il est facile de déterminer la nature du droit que l'institution contractuelle confère au donataire. Jaubert dit dans son rapport au Tribunat que le titre de l'institué est irrévocable, mais que l'émolument ne pourra être connu qu'au décès. Qu'entend-il par *titre* et par *émolument*? Le *titre* est la qualité d'héritier dont l'institué est investi par contrat et dont il ne peut plus être dépouillé par de nouvelles libéralités. L'*émolument* d'un héritier consiste dans les biens qu'il recueille; cet émolument n'est pas actuel, puisque le donateur reste propriétaire des biens compris dans l'institution (n° 12); et comme il en peut disposer à titre onéreux d'une manière illimitée, on ne sait pas même, de son vivant, s'il y aura un émolument; donc l'émolument est plus qu'inconnu, il est incertain; c'est seulement au décès du donateur qu'il se réalise, c'est alors que la succession contractuelle s'ouvre, de même que toute succession.

Est-ce à dire que l'institué n'ait pas d'autre droit qu'un héritier *ab intestat* ou un légataire? La différence est grande entre un héritier contractuel et un héritier appelé par la loi ou par la volonté du défunt. Celui qui est institué héritier par contrat a un droit contractuel, c'est-à-dire un droit acquis qui ne peut lui être enlevé ni par le do-

nateur, ni même par la loi, car la loi n'a pas d'effet rétroactif. L'héritier légitime, au contraire, n'a qu'une simple espérance qu'un testament peut détruire; les réservataires mêmes n'ont qu'une espérance, puisqu'une loi nouvelle peut abolir la réserve ou la diminuer. Quant à l'héritier testamentaire, il n'a jamais qu'une espérance, puisque le testament est toujours révocable, tandis que la loi déclare irrévocable le titre de l'institué.

Mais si le titre de l'héritier contractuel est irrévocable, ce titre ne lui donne aucun droit actuel sur les biens du donateur ; l'institué ne recueille les biens qu'à la mort de l'instituant. Toutefois, même sous ce rapport, il y a une grande différence entre l'héritier contractuel et les héritiers légitimes ou testamentaires. Le premier peut revendiquer les biens dont le donateur a disposé à titre gratuit, après les avoir donnés par contrat de mariage; ces donations tombent lorsque l'institué vient à la succession. Au contraire, le légataire doit respecter toutes les libéralités qui diminuent son legs, même celles qui l'anéantissent. Il en est de même de l'héritier légitime qui n'a pas de réserve; et le réservataire peut seulement demander la réduction des libéralités qui entament sa réserve. En ce sens, l'héritier contractuel a un droit sur les biens du donateur, celui-ci ne pouvant plus disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution; mais ce droit est conditionnel, car il dépend de la survie du donataire. Il n'en est pas de même des aliénations à titre onéreux que le donateur fait, il a le droit de les faire; l'héritier contractuel doit les respecter; il prend les biens dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture de l'hérédité, de même que tout héritier. Le droit de propriété de l'héritier contractuel ne s'ouvre donc que lorsque la succession s'ouvre. Et ce droit ne rétroagit point. Il est héritier avant l'ouverture de l'hérédité, mais il ne recueille les biens qu'après l'ouverture (1).

224. Le donataire peut-il céder le droit que lui con-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 263, note 54, § 739. Comparez Toullier, t. III, 1, p. 453, n° 836. Grenier, t. III, p. 265, n° 411.

fère son contrat? Presque tous les auteurs se prononcent pour la négative, et, il nous semble, avec raison. En quoi consiste le droit du donataire? Il est héritier, mais son droit ne s'ouvre qu'à la mort du donateur; c'est donc un droit de succession qui ferait l'objet de la vente. Or, l'article 1600 défend, dans les termes les plus absolus, de vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement. On objecte que la succession du donateur est vendue de son consentement, en ce sens qu'il a consenti à instituer un héritier par contrat, de sorte qu'il a mis, en quelque sorte, son hérédité dans le commerce. Mais ce consentement ne suffit point : quoiqu'il y ait un héritier, il n'y a pas d'hérédité, puisque celui qui a institué un héritier vit encore; or, tant que l'hérédité n'est pas ouverte, elle ne peut être vendue. Nous disons que le donateur a mis, *en quelque sorte,* son hérédité dans le commerce; c'est à dessein que nous employons une expression aussi vague; à vrai dire, la succession non ouverte ne peut être dans le commerce, la loi défend tout pacte successoire; si elle déroge à une défense qui intéresse les bonnes mœurs, il faut limiter strictement cette exception aux termes de la loi. Qu'est-ce que le législateur permet en faveur du mariage? Il permet que le donateur assure sa succession aux époux par un contrat. Voilà tout; hors de là, on rentre dans la prohibition des pactes successoires. Cela est aussi fondé en raison. Ce que la loi a voulu, c'est que le donataire puisse compter sur l'hérédité du donateur; ce but est atteint par l'institution contractuelle. La loi n'a pas voulu que cette succession devînt l'objet de spéculations aléatoires et dangereuses; cela serait contraire à l'intention du donateur. C'est la famille qu'il a voulu gratifier, et l'héritier contractuel irait d'avance renoncer à cet héritage en l'aliénant pour un prix qui ne saurait être que dérisoire, puisque l'acheteur peut être à peu près sûr que le donateur ne lui laissera rien! Que si, au moment de la cession, le donateur possède encore sa fortune, la spéculation devient dangereuse; elle peut faire naître chez le cessionnaire la pensée coupable de s'assurer par un crime des biens qui vont lui échapper si

le donateur reste vivre. Donc la prohibition des pactes successoires doit recevoir son application, et d'après le texte et d'après l'esprit de la loi (1).

L'opinion contraire est soutenue par d'excellents auteurs. Ils disent que le droit de l'héritier institué est un droit conventionnel, ce qui est évident, puisqu'il est héritier par contrat. Mais qu'importe? Que le cédant soit héritier par contrat, par la loi ou par un testament, c'est toujours une succession qu'il vend; MM. Aubry et Rau l'avouent: c'est un droit éventuel de succession relativement à l'objet qui en forme la matière (2). Eh bien, cela est décisif; car c'est parce que la succession est, quant à son objet, un droit éventuel, que la loi prohibe les pactes successoires. En fait, le droit de l'héritier réservataire est aussi certain que celui de l'héritier contractuel; néanmoins il lui est défendu de le céder. Il en doit être de même du droit de l'héritier contractuel. S'il est saisi du droit héréditaire, c'est seulement en ce sens que le donateur est lié et ne peut plus faire de libéralités qui portent atteinte au droit de l'institué; mais ce droit n'est pas actuel, car l'héritier contractuel ne peut pas attaquer les donations du vivant de l'instituant, il ne le peut qu'à sa mort et sous la condition d'accepter. Le droit qu'il a de répudier prouve qu'il n'y a pas encore d'hérédité et qu'il n'est pas encore définitivement héritier; il l'est s'il veut l'être, mais ce n'est qu'à la mort du donateur qu'il est appelé à manifester sa volonté. Jusque-là il n'est héritier qu'à l'égard du donateur, il ne l'est pas à l'égard des tiers.

225. Les mêmes principes s'appliquent à la question de savoir si l'héritier institué peut renoncer à son droit du vivant de l'instituant. Renoncer à un droit contractuel, c'est l'aliéner; donc pour avoir le droit de renoncer, l'héritier devrait avoir la faculté d'aliéner. A notre avis, il ne peut aliéner ni renoncer. Il faut appliquer à l'héritier

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 345, n° 324, d'après Toullier, Grenier, Duranton, Troplong, Vazeille. La jurisprudence est en ce sens. Riom, 15 avril 1809 (Dalloz, n° 2098). Rejet, 16 août 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 447). Comparez Rejet, 12 août 1846 (Dalloz, 1846, 1, 296)

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 264, note 55, § 739; Duvergier, *De la vente*, t. I, n° 232.

contractuel ce que l'article 791 dit en termes généraux. « On ne peut renoncer à la succession d'un homme vivant, même par contrat de mariage. » Le texte ne distingue pas quelle est la qualité du renonçant, s'il est successible en vertu de la loi, en vertu d'un testament, ou en vertu d'un contrat; il s'attache uniquement au fait que l'on renonce à la succession d'un homme vivant; or, quand le donataire renonce au droit que lui confère l'institution contractuelle, il renonce à la succession du donateur du vivant de celui-ci. Donc cette renonciation est nulle, d'après l'article 791 (1).

La question est cependant controversée. Dans l'opinion contraire, on fait diverses distinctions. On admet que l'héritier contractuel ne peut renoncer au profit des héritiers *ab intestat* de l'instituant, parce que ce serait une stipulation sur une succession future, les héritiers légitimes n'ayant d'autre droit sur la succession que ceux qu'ils tiennent de la loi, et ce droit ne s'ouvre qu'à la mort, ce qui rend applicables les articles 791, 1130 et 1600 (2). Il nous semble que le motif de décider est identique quand la renonciation est faite en faveur d'un donataire gratifié par l'instituant postérieurement à l'institution (3). Qu'importe en faveur de qui on renonce? Les articles du code qui prohibent les pactes successoires n'entrent pas dans ces distinctions, ils sont conçus dans des termes absolus; c'est le fait de la renonciation qu'ils réprouvent, dès qu'il y a renonciation à une succession non ouverte; or, la succession de l'instituant n'est ouverte qu'après sa mort; donc quand il fait une libéralité après avoir institué un héritier et que celui-ci renonce au profit des nouveaux donataires, il renonce à la succession d'un homme vivant; partant il fait un pacte successoire prohibé par la lettre de l'article 791.

On fait encore une autre distinction dans l'opinion que

(1) Troplong, t. II, p. 329, n° 2355. Benech, *De la quotité disponible* p. 451-456.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 265, note 58, § 739.
(3) En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 264, note 56.

nous combattons (1). Si l'héritier contractuel renonçait au profit de l'instituant, on avoue que la renonciation serait nulle. Mais renoncer au profit de ceux que l'instituant gratifie, n'est-ce pas renoncer au profit de l'instituant? La distinction que l'on fait entre l'auteur de la nouvelle libéralité et ceux qu'il gratifie est tellement subtile qu'on a de la peine à la saisir. L'instituant, dit-on, n'a aucun intérêt à stipuler une renonciation qui ne doit profiter qu'aux donataires. N'a-t-il pas intérêt à faire une donation valable? Intérêt d'outre-tombe, répond-on. Nous pourrions en dire autant de tous les intérêts qui s'agitent dans ce débat; tous concernent la succession du donateur, donc tous sont d'outre-tombe. Mais est-il bien vrai que le donateur n'a aucun intérêt à demander la renonciation du donataire? On dit, avec plus de raison, que d'ordinaire ce sera une renonciation extorquée; et pour que le donateur se donne la peine de faire violence à l'institué, il faut bien qu'il y ait un intérêt actuel. En effet, dans quelles circonstances se font les renonciations? A l'occasion de libéralités que fait le donateur, soit à un enfant pour favoriser un mariage qui lui tient à cœur, soit à un nouveau conjoint; et qui ne sait la passion que mettent à ces libéralités ceux qui convolent en secondes noces?

Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte de la loi et ne pas y introduire des distinctions qui sont en opposition avec son esprit. La jurisprudence est indécise, il y a des arrêts en sens divers; nous n'en connaissons aucun qui ait nettement formulé les distinctions que nous venons de combattre (2). Il y a des arrêts de la cour de cassation qui les condamnent en décidant d'une manière absolue que toute renonciation à une institution contractuelle est nulle. « Si, dit la cour, ce droit est contractuel par son origine, s'il est conditionnel et subordonné au cas de survie du donataire, s'il est incertain dans son émolument, ces divers caractères ne l'empêchent pas d'être, quant à

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 265, et note 59.
(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, nos 2100 et 2101.

ses effets, un véritable droit successif ne pouvant s'exercer que sur une hérédité. » La cour en conclut qu'il faut appliquer à cette renonciation les articles 791, 1130 et 1600 qui défendent de renoncer à une succession non ouverte (1).

226. Le donateur reste propriétaire des biens compris dans l'institution pendant toute sa vie. A sa mort, sa succession s'ouvre en faveur de l'héritier contractuel. Il n'y a aucune différence entre cette succession et la succession ordinaire, *ab intestat* ou testamentaire. L'article 711 s'applique à toute succession quand il dit que la propriété se transmet et s'acquiert par succession et par testament; l'institution contractuelle transmet également la propriété des biens donnés au moment de la mort de l'instituant. Jusqu'au décès aucun successible n'a de droit sur les biens qui composent le patrimoine du défunt; le droit de propriété des héritiers ne s'ouvre qu'avec l'hérédité, sans aucun effet rétroactif. Cela est évident pour les héritiers *ab intestat* et pour les légataires. Cela est tout aussi évident pour l'héritier contractuel; il est impossible que son droit rétroagisse au jour de son contrat, car, s'il rétroagissait, l'institué serait propriétaire à un moment où l'instituant est encore propriétaire; le droit de propriété du donateur exclut le droit de propriété du donataire.

227. Le principe est incontestable; nous allons en déduire les conséquences. Puisque l'institué n'est pas propriétaire pendant la vie de l'instituant, il ne peut faire aucun acte de propriété; il ne peut donc pas disposer des biens compris dans l'institution, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, ni par donation, ni par testament; il ne peut les hypothéquer ni les grever de droits réels. Toullier dit que la raison en est que, pendant la vie du donateur, l'institué n'a qu'une simple espérance de succéder aux biens qui lui ont été donnés (2). Cela n'est pas exact. Il est héritier par contrat, il a donc plus qu'une

(1) Rejet de la chambre civile, 11 et 12 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17 et 21).
(2) Toullier, t. III, 1, p. 454, n° 838.

espérance de succéder (n° 235). Mais la donation lui assure seulement la qualité d'héritier, elle ne lui donne aucun droit actuel sur les biens. Il suit encore de là qu'il ne peut en disposer, ni par testament ni par donation, au profit de l'un de ses enfants; s'il faisait une institution contractuelle au profit de l'un d'eux, les biens dont lui-même est héritier contractuel ne seraient pas compris dans l'institution, car ils ne sont pas dans son domaine, ils appartiennent au donateur, et on ne peut ni donner ni léguer les biens d'autrui (1). Vainement dirait-on qu'il a un droit conditionnel et que, la condition se réalisant, elle a un effet rétroactif. Le donataire n'a pas de droit conditionnel, il a un droit d'hérédité qui lui est assuré par un contrat, mais qui ne s'ouvre qu'à la mort du donateur. Par la même raison les créanciers du donataire ne peuvent pas saisir les biens compris dans l'institution contractuelle; ils n'ont de gage que sur les biens de leur débiteur, et les biens donnés sont dans le domaine du donateur.

228. Par application du même principe, il faut décider que si le donateur dispose des biens à titre gratuit, le donataire ne peut demander la nullité des donations. Nous dirons plus loin que l'action qui lui appartient après la mort du donateur en vertu de l'article 1083 n'est pas une action en nullité, c'est une revendication. Or, pendant la vie du donateur, le donataire n'est pas propriétaire, il ne peut donc pas revendiquer. La cour de cassation a décidé que le donataire pourrait prendre, dans ce cas, des mesures conservatoires en vertu de l'article 1180 qui permet au créancier conditionnel d'exercer tous les actes conservatoires de son droit avant que la condition soit accomplie (2). Nous croyons que l'article 1180 n'est pas applicable; si le droit du donataire était conditionnel, il rétroagirait au jour du contrat lorsque la condition se réaliserait, c'est-à-dire, lorsqu'il survivrait au donateur; il serait donc propriétaire à partir de la dona-

(1) Duranton, t. IX, p. 686, n° 688.
(2) Cassation, 2 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 193).

tion ; par suite le donateur cesserait de l'être, et tous les actes de disposition qu'il aurait faits viendraient à tomber. Or, l'article 1083 dit le contraire, puisqu'il en résulte implicitement que le donateur conserve la libre disposition de ses biens à titre onéreux (n° 213). Il est vrai qu'il ne peut plus disposer à titre gratuit, parce qu'il ne peut pas révoquer l'institution contractuelle. Mais les donations qu'il fait ne peuvent être attaquées de son vivant, elles sont donc valables et, par conséquent, le donataire n'a aucun droit à exercer de ce chef ; c'est seulement à la mort de l'instituant que ces dispositions tombent si l'institué survit (1). Les réservataires ont aussi un droit sur les biens dont le défunt ne peut disposer à leur préjudice, mais c'est un droit d'hérédité, d'où la conséquence que, pendant la vie du défunt, ils ne peuvent avoir aucune action. Il en est de même de l'héritier contractuel ; la circonstance qu'il tient son droit d'un contrat n'établit, sous ce rapport, aucune différence entre lui et l'héritier à réserve ; l'un et l'autre ont un droit d'hérédité, et ce droit ne s'ouvre qu'à la mort de celui auquel ils sont appelés à succéder.

II. *Après la mort de l'instituant.*

1. LES INSTITUÉS.

229. L'institution contractuelle peut être faite au profit des deux époux ou de l'un d'eux. Si les deux époux sont institués et que l'un d'eux prédécède, sa part accroîtra-t-elle à son conjoint ? La plupart des auteurs admettent le droit d'accroissement entre les époux codonataires quand ils ont été institués conjointement. On applique l'article 1044 qui établit le droit d'accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs est fait à plusieurs conjointement ; et l'institution est réputée faite conjointement lorsqu'elle l'est par une seule et même disposition et que le donateur n'a pas assigné la part de chacun des deux époux dans les biens donnés.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 266, note 63, et les autorités qu'ils citent.

Nous n'admettons cette doctrine qu'avec une réserve. Les articles 1044 et 1045 établissent le droit d'accroissement entre colégataires, en se fondant sur des présomptions dont on induit que la volonté du testateur est que si l'un des légataires fait défaut, sa part accroisse à ses colégataires. Peut-on appliquer ces dispositions aux époux institués conjointement? Oui et non. Oui, en ce sens que l'instituant a le droit de déclarer que si l'un des époux ne vient pas à l'institution, elle profitera pour le tout à l'autre. Non, en ce sens que l'accroissement ne peut se faire entre les époux en vertu des articles 1044 et 1045, ces dispositions n'étant faites que pour les légataires, et les époux institués héritiers par contrat sont des donataires; or, entre donataires, il ne peut être question d'accroissement légal, puisqu'il n'y a pas de loi. Les principes les plus élémentaires s'y opposent. Quel est l'objet de l'institution contractuelle et quel est le droit que l'institution confère aux institués? Le donateur fait des héritiers par contrat; le titre d'héritier est donc acquis aux donataires dès que la donation est parfaite; voilà pourquoi on les appelle des héritiers contractuels. S'il y a deux héritiers contractuels, le droit d'hérédité se divise entre eux, comme les biens donnés par une donation entre-vifs se divisent entre les donataires; chacun sera donc héritier pour moitié. Ainsi toute donation faite à deux donataires se divise nécessairement; dès lors il n'y a pas de conjonction possible entre les donataires et, par suite, pas d'accroissement. A moins que le donateur n'ait manifesté la volonté d'établir le droit d'accroissement entre les époux, l'hérédité se divisera entre eux, par suite chacun sera héritier pour moitié. On dira que le droit des légataires se fonde aussi sur la volonté du testateur. Cela est vrai, mais la loi établit des présomptions en faveur des légataires, tandis qu'elle n'en établit pas au profit des époux; or, les présomptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Donc l'accroissement ne peut avoir lieu entre époux qu'en vertu de la volonté expresse du donateur; nous disons expresse, parce que le droit d'accroissement déroge au droit commun qui éta-

blit la division entre les donataires, et toute exception aux principes doit être stipulée expressément (1).

Que dit-on à l'appui de l'opinion contraire? Les auteurs donnent les raisons les plus diverses; ce qui prouve déjà quelque incertitude. Grenier invoque l'ancien droit; or, il se trouve que les avis étaient partagés. Ricard, Furgole et Laurière admettaient l'accroissement; Lebrun et Auroux le rejetaient. Toullier se fonde sur la volonté *présumée* du donateur ; c'est précisément, dirons-nous, parce que la théorie de l'accroissement repose sur des présomptions qu'on ne peut l'admettre en matière de donations, car il n'y a pas de présomption sans texte. Pour se prévaloir des articles 1044 et 1045 on a recours aux plus singuliers raisonnements. L'institution contractuelle, dit Troplong, est un testament irrévocable, donc les institués sont des légataires. M. Demolombe n'accepte pas cet argument, car, à son avis, l'institution contractuelle est une donation; toutefois, il s'y accommode en disant qu'en cette matière le caractère testamentaire prévaut. Zachariæ et ses commentateurs trouvent que cela est évident. Si c'est évident, comment se fait-il que les partisans de l'accroissement ne s'entendent pas entre eux, pas même sur le cas dans lequel il y a lieu à accroissement (2)? Il n'y a qu'une chose que l'on puisse appeler évidente, c'est la volonté du législateur écrite dans le texte de la loi. Eh bien, d'après les textes, il n'y a d'accroissement qu'entre les colégataires. Cela est décisif.

230. Les enfants, à moins que le donateur ne les ait exclus, sont compris dans l'institution, soit en vertu de la vocation expresse de l'instituant, soit en vertu de la loi, mais ils sont seulement appelés dans le cas où le donateur survit à l'époux donataire. Donc si l'époux donataire survit, les enfants ne sont pas appelés, les biens sont recueillis par l'époux donataire, comme ils le seraient par un héritier légitime, c'est-à-dire qu'ils entrent défi-

(1) Coin-Delisle, p. 561, nos 23-25. Dalloz, no 2044.

(2) Grenier, t. III, p. 298, no 422. Toullier, t. III, 1, p. 456, no 844. Troplong, t. II, p. 336, no 2363. Demolombe, t. XXIII, p. 349, no 326. Aubry et Rau, t. VI, p. 271, note 84.

nitivement dans son patrimoine; les enfants n'y ont plus aucun droit à titre d'héritiers contractuels, car ils cessent de l'être. Le donataire peut donc disposer des biens sans tenir aucun compte de la vocation des enfants, cette vocation étant caduque. S'il n'en dispose pas, les biens donnés, confondus avec ses autres biens, passeront à ses héritiers quels qu'ils soient, descendants, ascendants ou collatéraux (1).

231. Si le donateur survit au donataire, les enfants sont appelés à recueillir l'hérédité à titre d'héritiers contractuels. Leur droit est le même que celui des époux, il est donc irrévocable; ni le donateur, ni le donataire ne peuvent les dépouiller du droit qu'ils tiennent de l'institution; quand même l'instituant et l'époux institué s'entendraient pour modifier l'institution en ce qui concerne les enfants, ils ne pourraient le faire; vainement diraient-ils que les parties contractantes peuvent toujours résoudre leurs conventions ou y apporter des changements, on leur répondrait que les enfants sont aussi parties au contrat; d'ailleurs le consentement de toutes les parties, y compris les enfants, serait inopérant; il s'agit d'un contrat exceptionnel, d'un pacte successoire; la loi permet de le former, elle ne permet pas de le résoudre, ni de le modifier; il participe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales dont il fait partie (2).

232. Les enfants sont appelés à l'hérédité de l'instituant en vertu d'un droit qui leur est propre. Ce n'est pas comme héritiers de l'époux donataire, car, celui-ci étant prédécédé, n'a jamais eu de droit; ce n'est pas non plus comme représentants de leur père, car la représentation n'existe que dans les successions *ab intestat*: c'est comme donataires. De là suit qu'ils peuvent renoncer à la succession de leur père et néanmoins recueillir les biens compris dans l'institution, car ces biens ne se trouvent pas dans le patrimoine de leur père. De là suit encore que les enfants sont admis à succéder, alors même que leur père serait indigne; s'ils venaient par représentation, ils

(1) Toullier, t. III, 1, p. 454, n° 839. Duranton, t. IX, p. 680, n° 680.
(2) Grenier, t. III, p. 280, n° 417. Duranton, t. IX, p. 688, n°s 688-690.

seraient exclus, car on ne représente pas un indigne, mais les enfants viennent de leur chef en vertu d'un droit qui leur est propre (1).

233. Comment se règlent les droits des enfants quand l'un d'eux ou tous sont prédécédés laissant des descendants? La question est de savoir si l'on applique à l'institution contractuelle les règles qui régissent les successions *ab intestat;* y aura-t-il lieu au droit de représentation? Si la question devait se décider d'après les principes que le code civil a établis en matière de représentation, il faudrait dire qu'il n'y a pas lieu à représentation. Le code définit la représentation une fiction : les fictions ne sont-elles pas de l'interprétation la plus stricte? On ne les étend jamais, parce que les étendre ce serait créer des fictions, et le législateur seul a ce droit. La fiction de représentation est fondée sur la volonté présumée du défunt; or, les présomptions aussi sont de rigoureuse interprétation. On doit les écarter, lorsqu'il s'agit de la volonté du défunt, si le défunt a pu lui-même déclarer ses intentions; on n'admet pas la représentation en matière de legs, on ne doit pas l'admettre en matière de donations, sauf au donateur à exprimer sa volonté. Cette volonté est sous-entendue, dit-on (2); nous répondons qu'une volonté sous-entendue est une volonté présumée, et où est la loi qui établit cette présomption? Que telle soit la volonté probable du disposant, nous l'admettons, mais une probabilité ne devient une présomption que lorsque le législateur, se fondant sur cette probabilité, crée une présomption. Encore perd-on de vue que la représentation, dans les successions *ab intestat,* n'a lieu qu'à l'égard des descendants et des neveux et nièces; tandis que l'institution contractuelle peut être faite par un étranger; donc en appliquant la représentation à la succession contractuelle, on étend la représentation à des cas pour lesquels le législateur ne l'a pas établie. D'après la rigueur des principes, cela ne se peut.

(1) Grenier, t. III, p. 285, n° 418, et tous les auteurs.
(2) Demante, t. IV, p. 490, n° 255 *bis* IV, suivi par Demolombe, t. XXIII, p. 351, n° 328.

Cependant l'opinion contraire est enseignée par tous les auteurs (1). Nous ne voyons qu'un moyen de la justifier, c'est l'autorité de la tradition. Dans l'ancien droit, la représentation était admise universellement; on la fondait sur la volonté présumée du donateur; plusieurs coutumes en avaient une disposition expresse. Or, les auteurs du code ont consacré la tradition en cette matière; ce qui le prouve, c'est que l'article 1082 appelle à l'hérédité les enfants et les descendants; il peut donc y avoir concours entre des enfants du premier degré et des descendants d'un degré subséquent; comment succéderont-ils? Ici l'analogie est évidente, et elle est en faveur de la représentation. La tradition ne doit-elle pas servir à interpréter le code dans une matière traditionnelle? C'est notre avis.

234. Faut-il appliquer à la renonciation ce que le code dit du prédécès? Et, spécialement, les enfants sont-ils appelés à l'hérédité lorsque l'époux donataire renonce? Sur ce point aussi il y a controverse, et le dissentiment existe toujours entre ceux qui s'en tiennent au texte et aux principes et ceux qui veulent élargir le texte et s'affranchir d'une rigueur que rien à leurs yeux ne justifie. C'est dire d'avance quel est notre avis. Le texte est formel; les enfants sont appelés dans le cas où le donateur survit à l'époux donataire, ils ne sont pas appelés lorsque le droit s'est ouvert dans la personne du donataire et que celui-ci y renonce. Par cela seul que l'époux donataire survit et exerce son droit, le droit des enfants devient caduc. Or, l'époux donataire exerce son droit en renonçant aussi bien qu'en acceptant, donc les enfants sont sans droit. Il faudrait une manifestation de volonté du donateur pour les appeler à l'hérédité dans le cas où l'époux ne voudrait pas y venir. Dans le silence de l'acte, le texte doit recevoir son application.

On prétend que le texte est favorable aux enfants. En effet, à quel titre sont-ils compris dans l'institution? En vertu d'une substitution vulgaire tacite; or, la substitu-

(1) Duranton, t. IX, p. 683, nos 684-687, et tous les auteurs.

tion opère dans tous les cas où l'institué ne recueille pas le bénéfice de la disposition, soit qu'il ne veuille pas ou qu'il ne puisse pas y venir. C'est en ce sens, dit-on, qu'il faut entendre l'article 1082; il ne prévoit que le cas ordinaire, l'autre est sous-entendu. Nous avons d'avance répondu à cette argumentation ; le code ne parle pas de substitution vulgaire et, d'après les principes, elle est impossible en faveur d'enfants qui n'existent pas au moment de la donation. On invoque encore l'article 1089, aux termes duquel l'institution ne devient caduque que si le donateur survit au donataire et à sa postérité. Notre réponse se trouve dans l'article 1082; le cas prévu par l'article 1089 est celui que prévoit l'article 1082, c'est-à-dire que la loi suppose le prédécès de l'époux donataire laissant des enfants ou des descendants. Dans cette hypothèse, l'institution ne deviendra caduque que par le décès de tous les descendants (1).

2. DROITS ET OBLIGATIONS DES INSTITUÉS.

235. Les institués ont-ils le droit de renoncer à l'institution? Nous supposons, bien entendu, qu'elle est ouverte par la mort du donateur. Il est certain que les institués peuvent renoncer à la succession à laquelle ils sont appelés. Vainement dirait-on qu'ils ont accepté en acceptant la donation qui les institue héritiers. Ce que les institués ont accepté, c'est la qualité d'héritier, car c'est là tout ce que leur confère l'institution, ils ont donc les droits de tout héritier; or, le droit héréditaire consiste à accepter ou à renoncer, donc l'héritier contractuel doit avoir ce droit aussi bien que l'héritier *ab intestat* et l'héritier testamentaire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute ; la succession du donateur peut être si mauvaise qu'il n'y aurait aucun intérêt à l'accepter, pas même sous bénéfice d'inventaire. Il faut donc que les institués aient le droit de renoncer (2).

(1) Coin-Delisle, p. 565, nº 43. Bonnet, *Des institutions contractuelles*, t. II, nº 370. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 256, note 27, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Institution contractuelle*, § XI, nº 5 (t. XV, p. 288), et tous les auteurs.

Dans quelle forme doivent-ils renoncer? La loi ne prévoit pas le cas de renonciation ni, par conséquent, la forme dans laquelle elle peut ou doit être faite. Il a été jugé que l'article 784 n'est pas applicable à l'héritier contractuel (1). C'est l'opinion que nous avons énoncée en traitant des legs; nous renvoyons à ce qui a été dit, sur la renonciation des légataires, au chapitre des *Legs* (2). Quand les héritiers contractuels acceptent, ils peuvent accepter sous bénéfice d'inventaire : tout successible a ce droit (3).

236. Lorsque l'institué a accepté, peut-il encore renoncer? L'héritier contractuel a un droit qui est en tout identique avec celui de l'héritier *ab intestat;* il a le droit d'accepter ou de répudier; quand il a exercé son option, il ne peut plus revenir sur le parti qu'il a pris, car il a exercé son droit héréditaire, tout est consommé. A-t-il renoncé, il n'a plus de droit, et il est censé n'en avoir jamais eu, il ne peut donc plus être question d'accepter. A-t-il accepté, il ne peut plus renoncer, à moins que son acceptation ne soit viciée (4). En un mot, on applique les principes que nous avons exposés au titre des *Successions*.

237. Les héritiers contractuels ont-ils la saisine? Toutes les questions qui touchent la saisine sont plus ou moins douteuses, parce que le mot même a une signification incertaine; tantôt on l'emploie pour marquer la transmission de la propriété qui se fait à la mort d'une personne, tantôt on s'en sert pour marquer la transmission de la possession. De là une inévitable confusion. Il faut commencer par séparer nettement la propriété et la possession. La transmission de la propriété ne donne lieu à aucun doute. Aux termes de l'article 711, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession. Or, l'héritier contractuel succède, donc il acquiert la propriété des biens qui composent l'hérédité du donateur, de même

(1) Cassation, 24 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 425).
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 608, n° 554.
(3) Cassation, 16 avril 1839 (Dalloz, n° 2107).
(4) Rejet, 11 et 12 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17 et 21).

que l'héritier légitime, c'est-à-dire en vertu de la loi, de plein droit, dès l'ouverture de l'hérédité. Il en est autrement de la possession. L'article 724 ne dit pas, comme l'article 711, que toute succession emporte transmission de plein droit de la possession : il porte que les héritiers *légitimes* sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt ; et il ajoute que les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession par justice. Au titre des *Donations*, la loi accorde encore la saisine au légataire universel lorsque, au décès du testateur, il n'y a pas d'héritier à réserve ; tandis que le légataire universel n'est pas saisi quand il est en concours avec un héritier réservataire (art. 1006 et 1004).

Telles sont les seules dispositions que le code contienne sur la transmission de la possession. Il ne dit rien de l'héritier contractuel. Il nous semble que le silence de la loi décide la question. La saisine est la transmission qui s'opère en vertu de la loi au profit des successeurs universels qu'elle désigne ; il faut donc un texte pour qu'un successeur puisse réclamer la saisine. Si l'article 1006 n'avait pas accordé la saisine au légataire universel, celui-ci n'aurait certes pas pu la réclamer en vertu de l'article 724, qui ne saisit que les héritiers légitimes, car ce même article prouve que l'on peut être successeur universel sans avoir la saisine. Donc pas de saisine sans texte. On dit que le donataire universel par contrat de mariage doit avoir la saisine par analogie de ce que la loi dit du légataire universel ; il y a plus qu'analogie, dit-on, le donataire a un droit plus fort que le légataire, puisqu'il est appelé par un contrat. L'argument n'est pas solide. On ne raisonne ni par analogie ni *à fortiori* quand il s'agit de droits qui ont leur fondement dans la loi ; en les étendant, l'interprète ferait la loi, tandis que sa mission se borne à l'expliquer et à l'appliquer. Dans l'espèce, il y a une raison particulière pour ne pas donner une interprétation extensive à l'article 1006. C'est après de longs débats et par transaction que les auteurs du code civil ont accordé la saisine au légataire universel ; ces débats ainsi que la décision sont étrangers au donataire universel ; la

loi ne lui donne pas la qualité d'héritier, c'est la doctrine qui a emprunté à la tradition l'expression d'*institution contractuelle* et d'*héritier contractuel*; donc, au point de vue du texte et de l'esprit de la loi, il n'y a aucune analogie entre le donataire universel et le légataire. Le seul argument que l'on puisse faire valoir en faveur de l'opinion contraire, c'est la tradition; l'institué était saisi dans l'ancien droit, et nous convenons volontiers que le législateur aurait dû lui accorder la saisine au même titre qu'au légataire universel. Mais il ne l'a pas fait, et l'autorité de la tradition ne suffit pas pour suppléer au silence de la loi dans une matière où tout est fondé sur la volonté du législateur; le code n'a pas consacré l'ancienne doctrine sur la saisine, il a dérogé à la tradition en ce qui concerne les successeurs irréguliers et les légataires universels. Dès lors il faut s'en tenir rigoureusement à la lettre de la loi (1).

238. La saisine n'a point, dans la matière de l'institution contractuelle, la même importance que pour les héritiers légitimes. Elle n'a aucune influence sur les fruits. On admet généralement que les institués ont droit aux fruits, alors même qu'ils n'auraient pas la saisine. Il y a de cela un argument décisif. Aux termes de l'article 547, les fruits appartiennent au propriétaire, il n'y a d'exception à ce principe que dans les cas où la loi accorde les fruits aux possesseurs; ainsi elle les accorde, en certains cas, aux héritiers légitimes saisis des biens qu'ils doivent délivrer aux légataires. Mais la loi ne déroge pas au principe en ce qui concerne les héritiers contractuels; quand même ils seraient en concours avec des héritiers saisis, ceux-ci n'auraient aucun droit aux fruits, par la raison péremptoire que la loi ne leur accorde pas les fruits des biens qui appartiennent aux donataires. C'est encore une incohérence dans notre législation; car les mêmes raisons qui ont fait attribuer aux héritiers légitimes les fruits des biens qu'ils délivrent aux légataires

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 494, n° 256 *bis* V. En sens contraire, tous les auteurs; mais ils sont divisés entre eux (Demolombe, t. XXIII, p. 356, n° 334. Aubry et Rau, t. VI, p. 267, note 66, § 739).

existent pour leur donner ce droit à l'égard des donataires.

Faut-il faire exception à ces principes dans le cas où l'institution contractuelle a pour objet une somme d'argent à prendre sur la succession du donateur? A notre avis, non. La loi ne parle pas de la saisine des donataires, elle ne pose ni règle ni exception. On reste donc sous l'empire des principes généraux; c'est dire qu'il faut appliquer l'article 547. On enseigne cependant le contraire; d'après MM. Aubry et Rau, il faudrait appliquer l'article 1153, aux termes duquel les intérêts ne sont dus que du jour de la demande en justice. Cela nous paraît très-douteux (1). L'article 1153 suppose une obligation conventionnelle, un créancier et un débiteur; or, les donataires ne sont pas créanciers, ils sont héritiers, donc propriétaires; par conséquent ils peuvent invoquer l'article 547.

239. Les héritiers contractuels doivent-ils demander la délivrance des biens compris dans l'institution? Sur ce point encore, la doctrine et la jurisprudence sont incertaines et confuses. Le code ne parle pas de l'acquisition de la possession, en ce qui concerne les donataires universels; il faut donc appliquer les principes généraux. Quels sont ces principes? Les successeurs universels qui ne sont pas en concours avec des héritiers légitimes et qui n'ont pas la saisine sont tenus de se faire envoyer en possession par justice (art. 724). Quant aux légataires non saisis, ils doivent demander la délivrance de leurs legs à ceux qui ont la saisine. Le principe d'où part le code est donc que les successeurs non saisis ne peuvent pas de leur propre autorité se mettre en possession, il faut qu'ils intentent une action, alors même qu'ils auraient un titre authentique comme les légataires. Il faut donc que les héritiers contractuels fassent une demande en délivrance. On prétend que l'instituant a investi les institués de la possession (2). Est-il bien vrai que l'instituant

(1) Aubry et Rau, t. VI, p, 268, note 68. En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 359, n° 334.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 267 et suiv., et note 67.

confère la saisine à l'institué? Il conserve la propriété et la possession de ses biens; l'institution confère seulement au donataire la qualité d'héritier; est-ce qu'en lui donnant le titre d'héritier, le donateur l'investit aussi de la possession? La loi ne le dit pas, et il est difficile de comprendre que l'instituant transmette la possession de l'hérédité alors qu'il n'y a pas encore d'hérédité. N'est-ce pas confondre la propriété et la possession? On dit que la nécessité de demander la délivrance n'a rien de commun avec la saisine légale. Les textes du code répondent à l'objection. L'article 1006 porte que le légataire universel qui n'est pas en concours avec des héritiers à réserve est saisi de plein droit, sans être tenu de demander la délivrance, tandis que l'article 1004 veut que le légataire universel demande la délivrance aux héritiers réservataires saisis en vertu de la loi; donc, suivant qu'ils ont ou qu'ils n'ont pas la saisine, les légataires ne doivent pas ou doivent demander la délivrance. Il en doit être de même des donataires universels.

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation de Belgique. La cour dit que le donataire est *saisi*, par le contrat de mariage, du droit à la *pleine propriété* des biens compris dans l'institution, et que ce droit opère la *saisine effective* des biens lors du décès du donateur, puisque la donation contractuelle reçoit à cet instant toute sa perfection, sans demande de délivrance ni de tradition. La cour ajoute que cela est conforme à l'esprit général du code, comme on le voit par les articles 938, 1138 et 1583 (1). C'est une confusion évidente entre la propriété et la possession. Sans doute, la tradition n'est plus requise pour la translation de la propriété; mais de ce que la propriété s'acquiert par l'effet du contrat s'ensuit-il qu'il en soit de même de la possession? L'acheteur est propriétaire du moment que la vente est parfaite. Est-il aussi possesseur? Non, certes; il n'acquiert la possession que par la délivrance (art. 1004 et suiv.). De même le donataire est propriétaire dès l'ouverture de la

(1) Rejet, 23 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1858, p. 241).

succession, mais il ne devient possesseur que par la délivrance qui lui est faite des biens compris dans l'institution. L'esprit de la loi conduit à la même conclusion. Nous avons dit, en traitant des legs, que la demande en délivrance est une garantie pour le débiteur du legs. Celui qui délivre les biens donnés a droit à la même garantie.

240. Les héritiers contractuels ne peuvent intenter les actions qui leur appartiennent que lorsqu'ils ont obtenu la délivrance. C'est l'application des principes généraux; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. Telle est l'action qu'ils ont le droit de former lorsque le donateur a disposé à titre gratuit d'un objet compris dans l'institution (art. 1083). Il y a quelque incertitude sur le point de savoir quelle est cette action. Ce n'est pas une action en nullité, sur ce point on est d'accord; la donation ne peut être opposée à l'institué, il n'a donc pas besoin d'en demander la nullité. Puisque la donation ne peut lui être opposée, n'en résulte-t-il pas qu'à son égard le bien aliéné par le donateur est toujours censé se trouver dans le patrimoine de celui-ci? Il suit de là qu'il en devient propriétaire comme des autres objets compris dans son institution et, par conséquent, il peut la revendiquer. Les éditeurs de Zachariæ disent que c'est une action en restitution. Nous doutons que l'expression soit exacte. Le mot *restitution* semble impliquer une obligation incombant à ceux qui restituent; or, il n'y a aucun lien d'obligation entre les tiers donataires et les héritiers contractuels. On compare l'action des institués à celle des réservataires qui agissent en réduction; nous acceptons la comparaison, car, à notre avis, l'action en réduction est aussi une revendication. L'action des héritiers contractuels dure trente ans, comme toute action en revendication, sauf aux tiers à opposer l'usucapion. C'est le droit commun. La prescription commence à courir à partir de la mort du donateur, car c'est à ce moment que s'ouvrent les droits des héritiers contractuels. Si le donataire a aliéné la chose, les héritiers ont action contre le tiers acquéreur, toujours en vertu du droit commun;

l'action en revendication se donne contre tout possesseur de la chose. Le tiers détenteur ne peut pas opposer son titre aux héritiers, car ce titre ne lui a pas transmis la propriété; le donataire, n'étant pas propriétaire, n'a pas pu transmettre la propriété (1).

241. Les héritiers contractuels sont-ils tenus des dettes et comment? Question controversée, comme le sont les questions analogues concernant les légataires. Le code ne dit rien de l'obligation qui incombe aux institués quant au payement des dettes; il faut donc recourir aux principes généraux. Ce sont précisément les principes sur lesquels il y a controverse. Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les successeurs universels sont tenus des dettes, tandis que les successeurs à titre particulier n'en sont pas tenus. Il suit de là que les donataires à titre particulier, de même que les légataires à titre particulier, ne sont pas tenus des dettes de la succession, mais que cette obligation incombe aux donataires universels ou à titre universel. La seule difficulté est de savoir s'ils sont tenus *ultrà vires* ou jusqu'à concurrence de leur émolument. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il faut distinguer : les successeurs ne sont tenus des dettes *ultrà vires* que lorsqu'ils représentent la personne du défunt, et, d'après la théorie du code, ils ne représentent le défunt que lorsqu'ils ont la saisine. Or, à notre avis, les héritiers contractuels n'ont pas la saisine, ils ne sont donc tenus des dettes que comme détenteurs des biens, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent. On objecte que si les légataires universels doivent supporter les dettes *ultrà vires*, il en doit être de même à plus forte raison des donataires. Notre réponse est écrite dans les textes. Il n'y a qu'une seule disposition du code d'où l'on puisse induire que les successeurs universels sont tenus des dettes *ultrà vires*, c'est l'article 724 combiné avec l'article 802. Or, l'article 724 n'impose l'obligation illimitée du payement

(1) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 268, note 69 et p. 269, note 73. Besançon, 2 juin 1860 (Dalloz, 1861, 2, 60).

des dettes qu'aux héritiers saisis; ils n'ont qu'un moyen de s'affranchir de cette obligation, c'est d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Il y a donc un lien intime entre la saisine et l'obligation de payer les dettes. Cela décide la question : les héritiers contractuels n'ayant pas la saisine ne peuvent être tenus des dettes *ultrà vires* (1).

242. Les héritiers contractuels sont-ils tenus des legs? A cet égard, il y a une différence entre les donataires et les légataires; ceux-ci sont tenus des dettes et des legs, comme les héritiers légitimes, tandis que les donataires universels ne doivent pas supporter les legs; la raison en est que le donateur ne peut pas faire de dispositions à titre gratuit, sauf dans des limites très-restreintes; il ne peut donc pas grever de legs le donataire, ce serait lui permettre de révoquer l'institution contractuelle (2). Il a seulement le droit de faire des legs modiques, à titre de récompense ou autrement (art. 1083). Ces legs doivent être supportés par le donataire universel pour le tout, et par le donataire à titre universel jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. S'il y avait plusieurs donataires à titre universel, ils contribueraient aux dettes dans la proportion de leur émolument (3).

§ IV. *De la caducité de l'institution contractuelle.*

243. L'institution contractuelle devient caduque lorsque le mariage en faveur duquel elle était faite ne s'ensuit pas (art. 1088). C'est l'application du principe général qui régit les donations faites en faveur du mariage (nº 167).

244. L'institution devient caduque si le donateur survit au donataire et à sa *postérité*. Ce sont les termes de l'article 1089. Il faut se garder d'en conclure que toute la postérité du donataire profite de l'institution. Elle ne peut être faite qu'en faveur des enfants à naître du mariage; la *postérité* dont parle l'article 1089 doit être entendue

(1) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 269, et notes 75-77.
(2) Rejet, 11 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 183).
(3) Bruxelles, 10 juillet 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 320).

d'après ce principe ; elle ne comprend donc que les enfants et descendants nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite ; s'ils viennent à prédécéder au donateur, l'institution est caduque, quand même le donateur aurait des enfants d'un autre mariage. Cela ne fait pas de doute. Il y a cependant un arrêt qui admet une exception pour le cas où le donateur serait l'ascendant des institués (1). Il faut rejeter cette exception sans hésiter ; les institutions contractuelles sont de droit étroit, l'ascendant ne pourrait pas, quand il le voudrait, comprendre dans l'institution qu'il fait les enfants d'un mariage antérieur ou postérieur (nº 206) ; à plus forte raison ne peut-on pas admettre une volonté tacite.

245. L'institution devient encore caduque lorsque tous les institués y renoncent. On suppose, bien entendu, que la renonciation est unilatérale, comme celle que l'héritier *ab intestat* fait au greffe. Si elle se faisait par suite d'une convention, il y aurait cession plutôt que renonciation et, par suite, l'institution ne serait pas caduque. Une pareille renonciation serait un acte d'acceptation ; l'article 780 le dit de la succession légitime, et il y a même raison de décider pour l'institution contractuelle.

246. A qui profite la caducité ? On applique le principe que l'institution caduque est censée n'avoir pas existé. De là suit qu'elle profite aux héritiers *ab intestat*, s'il n'y a pas d'autres légataires ou donataires. S'il y a des dons ou des legs, ces dispositions profiteront de la caducité, en ce sens qu'elles recevront leur exécution, tandis qu'elles seraient tombées si les institués avaient accepté. On a prétendu qu'en cas de renonciation il fallait appliquer l'article 786, c'est-à-dire que la part des institués renonçants devait profiter exclusivement aux héritiers *ab intestat*. Cette opinion n'a pas trouvé faveur, et avec raison. Quand l'article 786 dit que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, il suppose qu'il y a d'autres parents appelés à la succession avec celui qui a renoncé ; ils sont *cohéritiers*, et chacun acceptant pour le tout doit profiter

(1) Duranton, t. IX, p. 711, nº 722. Comparez Bourges, 19 décembre 1821 (Dalloz, nº 2115).

de l'hérédité quand ses cohéritiers font défaut. Tandis que s'il y a des héritiers légitimes et des héritiers contractuels, ils ne sont pas *cohéritiers*, les uns étant appelés par la loi, les autres par contrat. Quand le contrat vient à tomber, la succession se règle comme s'il n'y avait pas eu d'institution contractuelle. Les donataires et les légataires recueillent les biens qui leur ont été donnés ou légués ; c'est uniquement dans l'intérêt des héritiers contractuels que les libéralités étaient inefficaces ; cet intérêt disparaissant, elles reprennent leur efficacité ; les héritiers légitimes n'ont pas le droit de se plaindre, pas plus que si dès le principe il n'y avait pas eu d'institution contractuelle ; ils sont en concours avec des donataires et des légataires et tenus de respecter ces libéralités dans les limites du disponible ; dès que leur réserve n'est pas entamée, ils n'ont pas le droit d'agir. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

247. L'institution devient encore inefficace dans le cas de révocation. Elle est révoquée de plein droit par survenance d'enfant (art. 960), elle ne l'est pas pour cause d'ingratitude (art. 959). Elle peut l'être par inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite. Un arrêt de la cour de Paris nous donne un exemple d'une institution avec charge : il est stipulé par contrat de mariage qu'en cas de décès de la future, le futur ne sera tenu de donner à ses héritiers collatéraux que la somme de 2,000 livres franche de toutes dettes. Si cette condition n'était pas remplie, il y aurait lieu à la révocation de l'institution par application du droit commun (2).

§ V. *De la promesse d'égalité.*

248. La promesse d'égalité est une clause d'un contrat de mariage par laquelle des père et mère s'engagent, en mariant un de leurs enfants, à lui laisser, dans leur succession, une part égale à celle des autres. On admet

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. VI, p. 272, note 92.
(2) Rejet, 29 juin 1842 (Dalloz, n° 1986, 6°) ; Toulouse, 9 février 1832 (Dalloz, n° 1810).

généralement que la promesse d'égalité équivaut à une institution contractuelle au profit de l'enfant à qui elle a été faite, en ce sens que les père et mère assurent à cet enfant, par contrat, une part héréditaire dans la quotité disponible. La promesse d'égalité peut être faite de diverses manières. Si tous les enfants se marient, elle peut être répétée dans le contrat de mariage de chacun d'eux, de sorte que les père et mère assurent à chacun une portion égale dans tous les biens qu'ils posséderont à leur décès, eu égard au nombre des enfants qu'ils laisseront à cette époque (1). Parfois les parents font intervenir les enfants qui ne se marient pas dans le contrat de mariage de celui qui se marie, et promettent à tous une part égale dans leur succession. Il va sans dire qu'il n'y a pas de termes sacramentels pour faire une promesse que la loi ne prévoit même pas.

249. Le silence du code soulève une question de principe qui n'est pas sans difficulté. On demande si la promesse d'égalité est valable et si elle produit les mêmes effets qu'une institution contractuelle. Il y a des motifs de douter très-sérieux. On avoue que la promesse d'égalité est un pacte successoire; cela est évident, puisque la clause porte sur l'égalité qui devra régner entre les enfants dans la succession future de leurs père et mère; ceux-ci, en faisant cette promesse, s'interdisent la faculté que la nature et la loi leur accordent de disposer de la quotité disponible, de manière à rompre l'égalité entre leurs enfants. Or, la loi prohibe toute convention sur une succession non ouverte; elle ne l'admet que par exception, dans le contrat de mariage, sous la forme d'une institution contractuelle. Par cela même que c'est une exception, elle est d'interprétation rigoureuse; dès que l'on n'est plus dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle qui défend sévèrement tout pacte successoire. La question se réduit donc à savoir si la promesse d'égalité est identique avec l'institution contractuelle telle que la loi l'autorise.

(1) Bordeaux, 20 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 5, 126).

Les deux clauses ne sont pas identiques. Celui qui institue un de ses enfants son héritier ne s'engage pas par là à maintenir l'égalité entre l'institué et ses autres enfants, il ne lui assure qu'une chose, la qualité d'héritier pour la part qui est fixée au contrat; il ne s'interdit pas la faculté de disposer de son disponible en avantageant l'un des enfants par une libéralité préciputaire; s'il a deux enfants, il peut donner à l'un d'eux le tiers des biens qu'il laissera à son décès, à l'autre les deux tiers, en lui donnant un tiers par préciput. La promesse d'égalité va plus loin; les père et mère promettent à tous leurs enfants une part égale. Ne doit-on pas conclure de là que cette promesse dépasse l'institution contractuelle telle que la loi l'autorise et que, par conséquent, c'est un pacte successoire prohibé? La promesse d'égalité n'a pas pour objet direct d'instituer un héritier par contrat, c'est une renonciation au droit qui appartient aux père et mère de disposer de leur disponible; cette renonciation n'étant pas consacrée explicitement par la loi, n'en faut-il pas conclure qu'elle est prohibée à titre de pacte successoire (1)?

Malgré ces motifs de douter, nous adoptons l'opinion généralement suivie. La raison de décider est que l'institution contractuelle implique aussi une renonciation à la faculté de disposer de la quotité disponible. Quand un père institue l'un de ses deux enfants pour la moitié des biens qu'il laissera à son décès et qu'il institue le second pour l'autre moitié, il se dépouille du droit de disposer à titre gratuit, sauf dans les limites restreintes de l'article 1083. Toute institution contractuelle contient une renonciation de disposer à titre gratuit au préjudice de l'institué. Si cette renonciation peut se faire sous forme d'institution d'héritier, pourquoi ne pourrait-elle pas se faire sous forme de promesse d'égalité? Il n'y a pas de formule sacramentelle pour l'institution d'un héritier par contrat, l'institution peut être modifiée par les parties contractantes; eh bien, la promesse d'égalité est une de

(1) Comparez Championnière et Rigaud, t. IV, n° 2951, et Dalloz, n° 1994.

ces modifications. Le père n'institue pas directement l'enfant à qui il fait cette promesse; en apparence, il ne lui donne rien; en réalité, en s'interdisant la faculté de donner le disponible à son préjudice, il lui assure sa part héréditaire dans les biens qu'il laissera à son décès, et assurer sa part héréditaire à un enfant, c'est bien l'instituer héritier pour cette part.

Nous ne faisons qu'une restriction à l'opinion générale. Le code ne parle pas de la promesse d'égalité; si elle est valable, c'est comme une des formes ou des modifications sous lesquelles peut se faire l'institution contractuelle. Dès lors on ne peut pas décider *à priori* et d'une manière absolue quel sera l'effet de la clause, cela dépend de l'intention des parties contractantes. C'est le principe que nous avons déjà posé et qui est consacré par un arrêt de la cour de Bruxelles (1).

250. Quel est l'effet de la promesse d'égalité? Il est impossible de répondre à cette question d'une manière absolue, puisque tout dépend de la volonté du donateur. Il a été jugé que c'est une institution contractuelle, que par suite le père ne peut plus faire aucune disposition à titre gratuit, conformément à l'article 1083. La clause était ainsi conçue : « Les père et mère promettent de garder à la future épouse, leur fille, une entière et parfaite égalité avec leurs autres enfants dans leur succession et de n'avantager aucun d'eux à son préjudice, directement ou indirectement. » Lors du mariage, il y avait trois enfants, deux prédécédèrent à leurs parents; la mère se remaria et légua à son second mari la portion de biens dont la loi lui permettait de disposer. Avait-elle encore un disponible qu'elle pût donner? Non, dit la cour de Limoges; car, en promettant l'égalité à sa fille, elle l'instituait son héritière pour tout ce qui lui reviendrait, comme enfant, dans sa future succession; c'est l'institution d'un héritier par contrat, donc l'instituant ne pouvait

(1) Voyez, plus haut, p. 52, nos 46 et 47. Les auteurs examinent à peine la question. Merlin, *Répertoire,* au mot *Institution contractuelle,* § VI, no III (t. XV, p. 235); Duranton, t. IX, p. 648, no 655; Coin-Delisle, p. 570, no 65; Troplong, t. II, p. 339, no 2376.

plus faire de libéralité au préjudice de l'héritier institué (1). Il a été jugé, en sens contraire, que la promesse d'égalité faite par un père à l'un de ses enfants n'équivaut pas à une institution contractuelle universelle au profit de cet enfant pour le cas où il survivrait seul au donateur; d'où l'arrêt conclut que la clause n'enlève pas au père la libre disposition de la quotité disponible. La clause, dans cette espèce, était plus restrictive : le père s'interdisait toute disposition qui diminuerait la *portion virile* de l'enfant; l'expression de *portion virile* implique l'idée d'un partage, donc du concours d'autres héritiers et, par suite, une fraction de l'hérédité, et non l'hérédité tout entière (2). N'en faut-il pas dire autant de toute promesse d'*égalité*? peut-il être question d'*égalité* là où il n'y a point de copartageants? n'est-ce pas donner à la promesse d'égalité une extension trop grande que de la transformer en institution universelle? Nous posons des questions qui sont des doutes; nous n'essayerons pas de les résoudre en théorie, les faits donneraient un démenti à ces décisions trop absolues.

251. Le père qui a fait une promesse d'égalité à ses enfants peut-il disposer de la quotité disponible au profit d'un étranger? Si l'on identifie la promesse d'égalité avec l'institution contractuelle, il faut répondre négativement, car tous les enfants étant institués héritiers, dans la clause ainsi interprétée, l'instituant aura, en réalité, disposé de toute son hérédité; il faut donc appliquer l'article 1083 et décider que le père ne peut plus disposer à titre gratuit. C'est l'interprétation que Troplong donne à la clause. D'autres disent que c'est dépasser l'intention des parties contractantes : le père a promis l'égalité aux enfants entre eux, il ne s'est pas engagé à leur laisser son disponible. Dans l'institution contractuelle autorisée par le code, on admet que le donateur peut se réserver

(1) Limoges, 23 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 213). Dans le même sens, Bordeaux, 20 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 5, 126); Bruxelles, 4 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 102)

(2) Bordeaux, 12 mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 155). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. VI, p. 103; Demolombe, t. XXIII, p. 332, n° 307.

la faculté de disposer à titre gratuit dans les limites du disponible. Cette réserve, dit-on, est sous-entendue dans la promesse d'égalité; le père ne s'interdit qu'une chose, il ne peut pas rompre l'égalité, mais rien ne l'empêche de donner son disponible à un tiers (1). A cela on peut répondre que peu importe aux enfants s'ils sont dépouillés par un tiers ou par un de leurs cohéritiers ; ce qu'ils ont voulu, c'est que le père ne fît pas de libéralité à leur préjudice, ce qui nous ramène à l'article 1083. Nous ne prenons aucun parti dans ce débat, le juge décidera, d'après les termes de la clause, quelle a été l'intention des parties contractantes.

252. Le père promet l'égalité à ses enfants dans le contrat de mariage de l'un d'eux : cette promesse le lie-t-elle à l'égard des autres enfants? Si ceux-ci n'interviennent pas au contrat, il n'y a aucun doute, on applique le principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. S'ils y interviennent, pourront-ils invoquer le bénéfice de la clause? Non, car la promesse d'égalité ne vaut que comme clause d'institution contractuelle; or, le père ne peut pas instituer héritiers des enfants qui ne se marient pas, donc il ne peut leur promettre l'égalité. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord (2).

253. De là on conclut que la promesse d'égalité n'a d'effet que jusqu'à concurrence de la part héréditaire du futur époux dans la quotité disponible. Si donc il y a d'autres enfants au décès du père, ils pourront recevoir une part dans le disponible, pourvu qu'elle n'entame pas la part héréditaire de l'enfant à qui l'égalité a été promise. Ici le désaccord recommence. Promettre l'égalité, disent les uns, c'est promettre que les parts de tous les enfants seront les mêmes : est-ce remplir cette promesse que d'avantager l'un des enfants en lui donnant une frac-

(1) Troplong, t. II, p. 340, n° 2378. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 274, n° 99; p. 275, n° 102. Jugement du tribunal de Lille, 25 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 3, 68).

(2) Duranton, t. IX, p. 649, n° 656, et tous les auteurs. Bourges, 4 juillet 1808 (Dalloz, n° 1996).

tion du disponible (1)? Les autres répondent : De quoi se plaint l'enfant qui a sa part héréditaire? Si l'égalité est violée, ce n'est pas à son préjudice (2). Nous laissons la question indécise, parce que c'est une question de fait dont la solution dépend de l'intention des parties contractantes.

SECTION IV. — De la donation de biens présents et à venir.

§ Ier. *Notions générales.*

254. L'article 1084 dit que « la donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir. » Qu'est-ce que cette donation cumulative? Comprend-elle deux libéralités distinctes et indépendantes l'une de l'autre, d'abord une donation de biens présents, puis une donation de biens à venir? ou la donation cumulative n'est-elle autre chose que l'institution contractuelle, avec une modification qui permet à l'institué de s'en tenir aux biens présents du donateur, en répudiant les biens à venir et à charge de payer les dettes présentes? C'est dans ce dernier sens qu'il faut entendre la donation cumulative des biens présents et à venir. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi.

L'article 1084 dit : *La donation par contrat de mariage.* Il s'agit donc d'une donation unique qui doit être faite par contrat de mariage. Quelle est cette donation? L'article 1082 répond à la question : c'est l'institution contractuelle par laquelle le donateur institue héritiers les époux et les enfants à naître de leur mariage ; cette institution devant se faire par contrat de mariage, la loi l'appelle *donation par contrat de mariage;* si elle avait conservé l'expression traditionnelle, elle aurait dit : *L'institution contractuelle* pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir. C'est parce que la donation dont il est parlé dans l'article 1084 est l'institution

(1) Besançon, 11 juin 1844 (Dalloz, 1846, 4, 156).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 275, et note 101, § 739.

contractuelle de l'article 1082, que la loi ne dit pas par qui elle ne peut être faite ni au profit de qui; il était inutile de le dire, puisque l'article 1082 le disait; donc, d'après le texte, l'institution contractuelle, telle qu'elle est organisée par l'article 1082, forme la règle; l'article 1084 permet d'y apporter des modifications.

Quelles sont ces modifications? Il n'y en a qu'une seule et dans une seule hypothèse. Si les parties annexent à l'acte un état des dettes du donateur au jour de la donation, le donataire a, lors du décès du donateur, le droit de s'en tenir aux biens présents en renonçant aux biens à venir (art. 1084). Dans l'institution contractuelle de l'article 1082, le donataire n'a pas ce droit, il est obligé de prendre les biens que le donateur laisse à son décès et de payer ses dettes, à moins qu'il ne préfère renoncer au bénéfice de l'institution. On voit par là quel est le but de la donation cumulative. La donation des biens à venir n'offre aucune garantie au donataire contre la dissipation du donateur; celui-ci ne peut plus faire de libéralité, il est vrai, mais il peut dissiper de mille manières sa fortune et ne laisser dans sa succession que des dettes. Il est certain qu'une pareille donation n'est guère faite pour favoriser le mariage, pour peu que le donateur ait des habitudes de dépense. La donation cumulative remédie à cet inconvénient : le donataire connaît la fortune du disposant ainsi que les dettes qui la grèvent; il sait donc quel est l'avantage que la libéralité lui procurera s'il s'en tient aux biens présents; il en retire un bénéfice certain, et, sur la foi de cet avantage, il peut contracter mariage, la fortune présente du donateur lui étant assurée. Que si, au lieu de mal gérer, le donateur augmente ses biens, le donataire n'usera pas du droit que la donation cumulative lui donne, de s'en tenir aux biens présents, il acceptera la succession du donateur; de sorte que, dans toute hypothèse, la donation lui est avantageuse (1).

255. Cette interprétation de l'article 1084 est si évi-

(1) Coin-Delisle, p. 579, nº 3, et tous les auteurs, sauf Delvincourt et Guilhon.

dente qu'il est à peine besoin de mentionner l'interprétation contraire que Delvincourt a adoptée sur l'autorité de Furgole (1). Le texte ne parle pas de deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir, il ne parle que d'une seule et même donation, que le code appelle donation par contrat de mariage et à laquelle la doctrine et la pratique ont conservé le nom d'institution contractuelle. L'esprit de la loi, tel qu'il résulte du texte même, ne laisse aucun doute. Si la loi veut favoriser le donataire afin de favoriser le mariage, elle n'oublie pas qu'elle doit aussi favoriser le donateur afin de l'engager à faire des libéralités aux futurs époux. Pour atteindre ce but, on ne doit pas forcer le donateur à se dépouiller actuellement de ses biens présents, peu de personnes seraient disposées à faire ce sacrifice; il faut, au contraire, laisser le donateur à la tête de sa fortune pendant sa vie. Eh bien, une donation actuelle de biens présents accompagnée d'une donation de biens à venir irait précisément contre ce but, puisqu'elle enlèverait au donateur ses biens présents, c'est-à-dire régulièrement toute sa fortune; tandis que la donation cumulative laisse au donateur la disposition de ses biens, tout en permettant, à sa mort, au donataire de répudier sa succession si elle est obérée et de profiter des biens que le donateur possédait lors de la donation.

256. La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que la donation cumulative ne transporte pas au donataire la propriété des biens donnés, pas plus des biens présents que des biens à venir. Le texte même du code le prouve. En effet, d'après l'article 1089, la donation faite dans les termes de l'article 1084 devient caduque si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité; c'est la donation tout entière qui tombe, sans distinction entre les biens présents et les biens à venir. De là la cour de cassation conclut que l'héritier contractuel n'est pas saisi de la propriété des biens donnés à partir du jour de la donation; que tout se borne pour lui à une espérance, à

(1) Delvincourt, t. II, notes, p. 431.

une simple expectative, qui peuvent s'évanouir par la survie du donateur; tout est en suspens jusqu'à son décès et, par conséquent, la propriété ne se trouve pas fixée sur la tête du donataire (1). Il en serait ainsi lors même que le donataire aurait été mis en possession des biens présents. Ici il y a cependant un motif de douter; on pourrait dire que le donateur s'est dessaisi, que son intention a été de transmettre au donataire la propriété des biens présents, et cette intention suffirait, comme nous le dirons plus loin, pour opérer le transport de la propriété. La cour de Montpellier a décidé néanmoins que la mise en possession du donataire ne suffisait pas pour altérer la nature de la donation telle qu'elle est définie par l'article 1084. Dans l'espèce, les termes de l'acte étaient conformes aux termes de la loi; il était dit, dans le contrat de mariage, que les père et mère faisaient donation à leur fils de la moitié de leurs biens présents et à venir qu'ils possédaient et dont ils jouissaient et qu'ils posséderaient dans la suite. On ne pourrait, dit l'arrêt, sans faire violence au contexte de l'acte, scinder cette donation et d'une disposition seule et unique faire deux dispositions distinctes, une donation de biens présents et une donation de biens à venir (2). La jurisprudence, en matière de droit fiscal, est conforme à ces principes; elle décide qu'il n'y a pas lieu de percevoir les droits de mutation sur les biens présents pas plus que sur les biens à venir (3).

257. Tels sont les principes. Mais les parties contractantes sont libres d'y déroger, en ce sens qu'elles peuvent faire deux donations distinctes, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir, par un seul et même acte. Un contrat, dit très-bien la cour de cassation, peut contenir deux donations d'une nature différente; il ne suffit donc pas que la donation porte sur les biens présents et sur les biens à venir pour que, par cela seul, elle soit une donation cumulative dans le sens de l'article 1084; il faut

(1) Rejet, 19 décembre 1843 (Dalloz, n° 2139, 4°).
(2) Montpellier, 28 août 1855 (Dalloz, 1856, 2, 196)
(3) Cassation, 13 avril 1825 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3870, 2°).

voir les clauses de l'acte. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il n'y avait guère de doute. Le contrat de mariage faisait donation au futur époux des biens mobiliers et immobiliers détaillés sous dix numéros, puis il était dit que les donateurs se dessaisissaient à l'instant même en faveur du donataire, et lui en transportaient la propriété sous la réserve de l'usufruit; le donataire déclarait accepter la libéralité et il donnait décharge, dans l'acte, des titres de propriété des immeubles donnés. Voilà bien les caractères de la donation entre-vifs telle qu'elle est définie par l'article 894. Venait ensuite une autre clause par laquelle les donateurs donnaient tous les biens meubles et immeubles qu'ils posséderaient au jour de leur décès. Cette disposition, dit l'arrêt, présente tous les caractères d'une donation de biens à venir. Le contrat de mariage contenait donc deux donations distinctes, la première de biens présents, l'autre de biens à venir (1).

258. Puisque la donation cumulative n'est autre chose qu'une institution contractuelle modifiée, il s'ensuit que les règles générales qui régissent cette institution reçoivent leur application à la donation de biens présents et à venir. Il n'y a aucun doute quant à la forme. L'article 1084 est explicite : « La donation *par contrat de mariage*, dit-il, pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir. » C'est la répétition de ce que dit l'article 1082; il faut donc décider qu'une donation cumulative faite dans un autre acte que le contrat de mariage des futurs époux serait nulle (n° 186). Il se pourrait cependant que la donation fût déclarée valable pour les biens présents. S'il résultait des termes de l'acte et de l'intention du donateur que la propriété des biens présents soit transférée immédiatement au donataire, il y aurait deux donations, l'une, de biens présents, valable, puisqu'elle ne doit pas être faite par contrat de mariage; l'autre, de biens à venir, nulle, puisqu'elle ne peut être faite que par le contrat

(1) Rejet, 18 mars 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2156). Dans le même sens, Liége, 27 février 1828 (Dalloz, n° 2147, 1°, *Pasicrisie*, 1828, p. 78). Rejet, 30 janvier 1839 (Dalloz, n° 2147, 2°).

qui contient les conventions matrimoniales des futurs époux (1).

259. L'article 1084 ne dit pas au profit de qui la donation cumulative peut ou doit être faite ; il s'en rapporte à l'article 1082 ; il faut donc dire qu'elle peut être faite au profit des futurs époux et que les enfants sont compris dans l'institution, soit en vertu de la clause de la donation, soit en vertu de la présomption de la loi. L'article 1089 ne laisse aucun doute sur ce point, puisqu'il dispose que la donation de l'article 1084 devient caduque si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité ; donc tout ce que nous avons dit de la vocation des enfants dans l'institution contractuelle s'applique à la donation cumulative de biens présents et à venir (n°s 201-205) (2).

L'application du principe soulève une singulière difficulté. Puisque les enfants sont compris dans la donation cumulative, ils pourront, au décès du donateur, s'en tenir aux biens présents ; l'institution contractuelle se transforme, en ce cas, en une donation entre-vifs. Telle est du moins l'opinion commune. De là suit que les enfants seront réputés donataires des biens que le donateur possédait lors du contrat. Mais comment peuvent-ils être donataires, c'est-à-dire propriétaires des biens présents, alors qu'ils ne sont pas encore conçus au moment de la donation? Troplong répond que dans les contrats de mariage qui n'ont d'autre but que les enfants, ceux-ci sont, *en quelque sorte,* parties au pacte de famille (3). L'auteur, on le voit, hésite ; il n'ose pas dire que les enfants sont parties ; il est certain que, n'étant pas conçus, ils ne peuvent être donataires entre-vifs. Nous croyons effectivement qu'ils ne le sont pas. La loi ne dit pas ce qu'on lui fait dire, que l'institution se transforme en une donation de biens présents ; si elle posait ce principe, il faudrait décider que les enfants ne peuvent pas opter pour les

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 277, note 7, § 740, et les arrêts cités à la note 1, de la page précédente.

(2) Rejet, 19 décembre 1843 (Dalloz, n° 2139, 4°).

(3) Troplong, t. II, p. 354, n° 2409. Demolombe, t. XXIII, p. 358, n° 352. Aubry et Rau, t. VI, p. 278 et note 9.

biens présents, car ils ne peuvent être donataires à un moment où ils ne sont pas conçus (art. 906). L'article 1084 dit seulement que le donataire peut s'en tenir aux biens présents; il ne les prend donc qu'au décès du donateur, et il n'en devient propriétaire qu'à ce moment. Rien n'empêche donc les enfants d'exercer le droit d'option que la loi accorde au donataire.

260. La donation cumulative doit-elle être transcrite? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Le principe étant que la donation cumulative est une institution contractuelle, il faut décider qu'elle n'est pas soumise à la transcription (n° 188). Le motif pour lequel la loi exige la transcription des donations immobilières ne reçoit pas d'application aux donations cumulatives. C'est dans l'intérêt des tiers que la transcription est exigée; or, l'intérêt des tiers est hors de cause, puisque le donateur conserve la libre disposition des biens compris dans l'institution. La donation cumulative n'est pas translative de propriété (nos 254-255), donc elle ne doit pas être transcrite, puisque la loi n'ordonne la transcription que pour les actes à titre gratuit translatifs de droits réels immobiliers : ce sont les termes de la loi hypothécaire belge (art. 1er).

L'application du principe soulève une difficulté. Si le donataire opte pour les biens présents et si le donateur a aliéné un de ces biens, le donataire le peut revendiquer; mais pour revendiquer il faut qu'il prouve qu'il est propriétaire, et il n'est propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte de donation, transcription qui doit être antérieure à l'aliénation faite par le donateur. En vue du droit d'option, le donataire doit donc transcrire la donation. S'il ne la transcrit pas, il ne pourra pas revendiquer. Voilà le seul effet que produira, à notre avis, le défaut de transcription. Si le donateur n'a pas aliéné, la transcription est inutile. Le donataire pourra exercer son droit d'option, alors même que la donation n'aurait pas été transcrite. A plus forte raison, le donataire ne doit-il pas transcrire dans l'hypothèse où il n'opterait pas pour les biens présents; car, dans ce

cas, la donation cumulative est une institution contractuelle pure, et celle-ci ne doit pas être transcrite (1).

Le donataire devra-t-il transcrire au moment où l'institution s'ouvre par la mort du donateur? Cette question se rattache à l'article 1er de notre loi hypothécaire; nous la renvoyons au titre des *Hypothèques*.

261. La même question se présente pour l'état estimatif, et elle donne lieu à une nouvelle difficulté. D'après le principe qui assimile la donation cumulative à l'institution contractuelle, il faudrait décider que l'article 948 ne s'applique pas plus à l'une qu'à l'autre (n° 189). Mais la donation cumulative n'est pas une institution contractuelle pure, elle peut être profondément modifiée par l'option du donataire; quand il s'en tient aux biens présents, le donataire a droit aux effets mobiliers que le donateur possédait au moment de la donation. En ce sens la donation cumulative devient une donation de biens présents. Dès lors ne faut-il pas appliquer l'article 948, aux termes duquel tout acte de donation d'effets mobiliers n'est valable que pour les effets dont un état estimatif aura été annexé à la minute de la donation? La question est controversée, et elle est douteuse. Il y a une différence entre l'état estimatif et la transcription. Celle-ci n'est pas requise pour la validité de la donation, et bien moins encore pour son existence; tandis que l'état estimatif est exigé pour la validité de la donation mobilière, on peut même soutenir que sans état estimatif il n'y a pas de donation. Cela semble décider la question. La donation cumulative, réduite aux biens présents, doit être accompagnée d'un état estimatif, sinon rien n'en garantit l'irrévocabilité; or, une donation entre-vifs révocable n'est pas une donation.

Toutefois l'opinion contraire nous semble préférable. La loi ne dit pas que l'option du donataire transforme la donation cumulative en donation de biens présents; l'article 1084 dit seulement que le donataire peut s'en tenir

(1) En sens divers, Coin-Delisle, p. 380, n° 3. Demolombe, t. XXIII, p. 388, n° 363. Aubry et Rau, t. VI, p. 244 et note 3, et les autorités qu'ils citent.

aux biens présents. Comment les biens présents seront-ils constatés? Sur ce point, la loi garde le silence. Est-ce à dire qu'elle s'en réfère à l'article 948? Cet article n'a qu'un but, c'est d'assurer l'irrévocabilité des donations mobilières, c'est-à-dire des donations qui, au moment où elles sont faites, portent sur les meubles présents du donateur. Telle n'est pas la donation cumulative, elle porte sur les biens présents et futurs, c'est une institution contractuelle; et, d'après la loi, elle reste une institution contractuelle, alors même que le donataire s'en tiendrait aux biens présents. La difficulté sera de prouver la consistance et la valeur du mobilier présent. C'est naturellement au donataire à faire cette preuve. Il y a encore une considération en faveur de cette opinion. Le donataire qui opte pour les biens présents est tenu de toutes les dettes et charges du donateur existantes au moment de la donation. Si, à défaut d'état estimatif, il ne pouvait pas réclamer le mobilier présent, il devrait supporter le passif sans avoir droit à tout l'actif; ce qui serait contraire aux principes et à l'équité (1).

La cour de cassation a jugé que l'état estimatif est inutile quand le donataire n'opte pas pour les biens présents; les termes de l'arrêt impliquent que, dans l'opinion de la cour, l'état serait nécessaire si le donataire s'en tenait aux biens présents. Toutefois la question n'est pas formellement tranchée (2).

262. Quels sont les droits du donateur qui fait une institution cumulative? Il conserve la propriété des biens compris dans l'institution sans distinction entre les biens présents et les biens à venir. Il a donc le droit de disposer des uns et des autres, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, sauf le droit du donataire de revendiquer les biens donnés par l'instituant et même les biens vendus, au cas où il opte pour les biens présents. La plupart des auteurs enseignent que le donateur ne peut pas aliéner les biens présents, pas même à titre onéreux; autrement, dit Toul-

(1) Troplong, t. II, p. 371, n° 2444. En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 388, n° 363.
(2) Rejet, 27 février 1821 (Dalloz, n° 2163).

lier, il priverait le donataire du droit de diviser la donation (1). Cela n'est pas exact, et l'inexactitude provient sans doute d'un malentendu. L'instituant ne peut plus faire de donation au préjudice de l'institué, d'après l'article 1083, ce qui n'empêche pas qu'il ne fasse des libéralités, sauf au donataire à revendiquer les biens donnés (n° 216). A plus forte raison peut-il disposer à titre onéreux dans l'institution cumulative, car la loi ne le lui défend pas. Seulement si le donataire opte pour les biens présents, ces aliénations tombent. Le donateur se trouve, sous ce rapport, dans une position analogue à celle du grevé de substitution ; celui-ci peut aussi aliéner, mais les aliénations tombent si la substitution s'ouvre au profit des substitués.

263. Le donataire n'a aucun droit sur les biens donnés, pas même sur les biens présents (nos 254-255). Il ne peut donc pas s'opposer à l'aliénation des biens que ferait le donateur, ni à la saisie que les créanciers du donateur feraient des biens donnés, quand même ce seraient des biens présents. C'est seulement au décès du donateur que ses droits s'ouvrent ; jusque-là il n'a aucun droit, pas même conditionnel, et partant il ne serait pas recevable à prendre des mesures conservatoires (n° 228), pas plus que l'institué dans la donation des biens à venir. En effet, le droit d'option, qui lui assure les biens présents, ne s'ouvre qu'au décès, c'est un droit qu'il exerce comme héritier ; or, il n'y a pas d'hérédité d'un homme vivant ; quoiqu'il soit héritier contractuel, il ne peut, du vivant du donateur, exercer aucun droit héréditaire.

264. La donation cumulative étant une institution d'héritier par contrat est soumise à la caducité, comme toute donation de biens à venir. L'article 1089 le dit formellement ; il faut donc appliquer à la donation cumulative ce que nous avons dit de la caducité de l'institution contractuelle (nos 243-247).

265. Il y a cependant une différence importante entre

(1) Toullier, t. III, 1, p. 460, n° 856. Grenier, t. III, p. 350, n° 433. Duranton, t. IX, p. 745, n° 737.
(2) Coin-Delisle, p. 580, nos 1 et 2 de l'article 1084.

la donation cumulative et l'institution contractuelle; nous l'avons signalée (n° 253). De là l'intérêt de la question de savoir si une donation est une institution contractuelle pure ou si c'est une donation cumulative. C'est une question d'intention, puisque tout dépend de la volonté des parties contractantes. Le juge doit décider la difficulté d'après les termes de l'acte. Si la donation porte expressément sur les biens présents et à venir, il faut décider qu'elle est cumulative, quand même les donateurs se seraient réservé l'usufruit des biens compris dans la donation et qu'ils l'auraient qualifiée de donation entre-vifs. C'est, en réalité, une donation entre-vifs, puisqu'il n'y a plus de donation à cause de mort. Quant à la réserve de l'usufruit, c'est une de ces clauses inutiles que les notaires ont tort d'insérer dans leurs actes, parce qu'elles donnent lieu le plus souvent à des contestations; mais une clause inutile ne saurait altérer la nature de l'acte(1).

Il peut encore y avoir doute sur le point de savoir si la donation est cumulative, ou si elle comprend deux libéralités, l'une des biens présents, l'autre des biens à venir. C'est toujours d'après les termes de l'acte que la difficulté sera décidée (2). Nous avons déjà dit que la mise en possession des donataires ne suffisait pas pour que la donation, une d'après le contexte de l'acte, soit considérée comme divisée en deux libéralités. C'est, avant tout, l'intention des parties, telle qu'elle se révèle par le contrat, qui doit être prise en considération.

§ II. *Règles spéciales.*

266. Ce qui distingue la donation cumulative des biens présents et à venir, c'est que le donataire peut s'en tenir aux biens présents en renonçant au surplus des biens du donateur. L'article 1084 détermine la condition sous laquelle le donataire peut exercer ce droit : il faut que les

(1) Besançon, 5 janvier 1810 (Dalloz, n° 2148, 1°) et 3 juin 1808 (Dalloz, n° 2148, 2°).

(2) Voyez les arrêts cités plus haut, n° 257, et Rejet, 28 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 428). Limoges, 26 novembre 1872 (Dalloz, 1873, 2, 104).

parties annexent à l'acte un état des dettes et charges existantes au jour de la donation. S'il y a un état, le donataire peut diviser la donation, l'accepter pour les biens présents, la répudier pour les biens à venir. C'est une dérogation à un principe fondamental en matière de succession : l'héritier ne peut pas accepter pour partie ; le donataire est héritier, et néanmoins la loi lui permet de faire une acceptation partielle, en la limitant aux biens présents et en répudiant les biens à venir ; il est donc tout ensemble acceptant et renonçant. La faveur du mariage explique seule cette anomalie.

Pour que le donataire ait le droit de s'en tenir aux biens présents, il faut qu'il existe un état des dettes et charges au moment de la donation. Tout héritier qui accepte est tenu des dettes et charges ; donc l'héritier contractuel qui accepte partiellement la succession doit être tenu des dettes dans la proportion de ce qu'il prend dans l'hérédité ; s'il prend les biens présents, il doit supporter les dettes présentes. Voilà pourquoi il doit y avoir un état des dettes. S'il n'y avait pas d'état des dettes, il serait difficile de prouver l'existence et le montant des charges qui incombent à l'héritier ; la loi prévient ces difficultés et les contestations auxquelles elles auraient donné lieu en prescrivant un état des dettes. Les créanciers y ont aussi intérêt ; il est juste qu'ils aient une action contre le donataire qui prend les biens présents, puisque ces biens étaient leur gage. Il résulte de là que, postérieurement à l'acte de donation, les tiers ne peuvent plus traiter en sûreté avec le donateur ; au moment où ils traitent, ils ont, à la vérité, pour gage tous les biens de leur débiteur ; mais si le donataire s'en tient aux biens présents, ce gage leur sera enlevé ; c'est comme si la succession des biens présents s'ouvrait au jour de la donation, le donataire recueille cette hérédité avec les charges qui y sont attachées.

267. Que doit comprendre l'état exigé par l'article 1084 ? La loi dit : les dettes et charges ; c'est l'expression dont la loi se sert en parlant de l'obligation qui incombe au légataire universel (art. 1009) ; elle marque que tout le

passif existant lors de la donation doit être mentionné dans l'état annexé, peu importe quelle est la nature ou la cause de la dette. L'état doit être complet, cela va sans dire ; s'il était incomplet, le but que la loi a eu en vue serait manqué, les difficultés et les contestations qu'elle a voulu prévenir se produiraient tout comme s'il n'y avait pas d'état (1).

Ce principe s'applique aux commerçants et aux dettes commerciales, cela n'est pas douteux, puisque la loi ne distingue point. Donc si le donateur est en compte courant avec une maison de banque, l'état doit mentionner le montant de ce que le donateur doit au moment de la donation, quoiqu'il n'y ait pas de compte arrêté entre les parties. Le cas s'est présenté devant la cour de Montpellier. Un commerçant fait don à son fils du huitième de ses biens présents et à venir, et déclare, dans l'acte, qu'il n'est débiteur que des reprises de sa femme s'élevant à 30,500 francs. Le donateur était en compte courant avec une maison de banque, et il fut constaté qu'au jour de la donation il était de ce chef débiteur d'une somme de 210,000 francs. Il a été jugé, par un arrêt très-bien motivé, que la déclaration était incomplète et insuffisante pour remplir le vœu de la loi, que par suite le donataire n'avait pas le droit de s'en tenir aux biens présents. Au premier abord, cela paraît si évident que l'on n'aperçoit point de motif de douter. Voici l'objection : tant que les opérations du compte courant continuent, il n'y a ni débiteur, ni créancier ; ce qui le prouve, c'est qu'il n'y a pas lieu à compensation. Il est vrai que la compensation légale ne peut pas se faire, mais il y a de cela une raison particulière; aussi longtemps que les prêts réciproques qui constituent le compte courant se continuent, il ne peut être question d'un payement partiel isolé de l'opéra-

(1) La cour de Limoges (26 novembre 1872) a jugé que l'état des dettes et charges ne peut être suppléé ni par la déclaration que les immeubles donnés ne sont grevés d'aucune dette, cette déclaration ne portant que sur les dettes hypothécaires ; ni par la dispense de contribuer aux dettes, ce qui ne serait qu'un état négatif, s'appliquant non-seulement aux biens présents, mais aussi aux biens à venir, et la loi veut un état des dettes présentes (Dalloz, 1873, 2, 104).

tion collective, parce que ce serait arrêter le compte pendant qu'il court encore. Mais ce caractère du compte courant n'a rien de commun avec l'état des dettes prescrit par l'article 1084; il ne s'agit ni d'un payement réel ni d'un payement fictif, il s'agit uniquement de constater le montant du passif au jour de la donation; or, il est bien certain que chaque jour on peut préciser à quelle somme s'élève l'avoir ou le devoir des deux parties; cela suffit pour que le débit du donateur au moment de la donation figure dans l'état de ses dettes. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation remarque avec raison que, loin de faire exception pour les dettes résultant des comptes courants, il y a une raison spéciale pour les comprendre dans la règle. Si le négociant donateur était dispensé de faire connaître le montant de son débit, on donnerait ouverture à la fraude et à des difficultés inextricables que la loi a voulu prévenir (1).

268. Le donateur peut-il remplacer l'état des dettes et charges par une déclaration du montant de ses dettes qu'il ferait dans l'inventaire? Il a été jugé que cette déclaration est insuffisante (2). Cela n'est pas douteux quand le donateur se borne à indiquer le chiffre auquel s'élèvent ses dettes; la loi exige plus, elle veut un état des dettes, c'est-à-dire un inventaire détaillé du passif. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Pourquoi le code prescrit-il un état des dettes? Pour éviter les difficultés qui se présentaient dans l'ancien droit sur le point de savoir si telle dette était ou non antérieure à la donation; or, ces difficultés ne peuvent être prévenues que si l'état fait connaître l'objet et la date de chaque dette. Seulement il ne faut pas prendre au pied de la lettre ce que dit l'article 1084, que l'état doit être *annexé* à l'acte; il est bien certain que si l'état se trouvait dans l'acte même, il serait pleinement satisfait à la loi.

269. Le donateur peut-il dispenser le donataire de

(1) Montpellier, 7 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 180), et Rejet, 13 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 26).

(2) Limoges, 19 mars 1841 (Dalloz, nº 2158). Aubry et Rau, t. VI, p. 279, et note 12. Demolombe, t. XXIII, p. 386, nº 360.

l'obligation de faire inventaire, en ce sens que le donataire soit affranchi du payement des dettes présentes, alors qu'il opte pour les biens présents? L'affirmative n'est guère douteuse. Les parties peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Dans le contrat de mariage surtout, la loi donne une pleine et entière liberté aux parties intéressées, parce que ce contrat est vu avec faveur. Le donateur peut donc faire la donation sous des conditions plus avantageuses que celles que la loi suppose; donner, par exemple, le tiers de ses biens, en mettant le tiers des dettes présentes à charge de ses héritiers, dans le cas où le donataire opterait pour les biens présents. C'est une faveur de plus qu'il accorde au donataire et dont personne n'a à se plaindre, sauf les créanciers, si la donation était faite en fraude de leurs droits. La loi sauvegarde leur intérêt en leur accordant l'action paulienne (1). Mais si le donateur laissait les dettes présentes à charge du donataire en cas d'option, il ne pourrait pas se dispenser de l'obligation d'annexer un état des dettes, car cet état a pour objet de prévenir les contestations et les fraudes; en ce sens il est d'ordre public.

270. Le donataire doit-il, outre l'état des dettes, dresser un inventaire de l'actif mobilier pour jouir du bénéfice que lui accorde la loi de s'en tenir aux biens présents en payant les dettes présentes? Il nous semble que le silence de la loi décide la question; elle ne prescrit pas l'inventaire comme condition de la faculté d'opter, et peut-il y avoir une obligation légale sans loi? Il faudrait comme sanction la déchéance, au cas où l'inventaire ne serait pas fait; et l'interprète a-t-il le droit de prononcer des déchéances? Cependant l'opinion contraire est enseignée, mais il importe de bien préciser la difficulté. M. Demolombe dit que le donataire doit être déclaré déchu de son droit d'option s'il a accepté purement et

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 503, n° 258 *bis* II, suivi par Demolombe, t. XXIII, p. 387, n° 361.

simplement la succession sans faire inventaire; et Troplong, après avoir longuement discuté la question, conclut en disant que le donataire universel qui n'a pas fait inventaire doit être condamné, même *ultrà vires*, à toutes les dettes de la succession (1). Il y a dans ces décisions une certaine confusion d'idées. Le donataire des biens présents et à venir est un héritier contractuel, mais il a un droit spécial, celui de s'en tenir aux biens présents; donc il a une option à exercer lors du décès du donateur. S'il opte pour l'hérédité entière, son droit est consommé, il ne peut plus s'en tenir aux biens présents, car il a renoncé à ce droit en optant pour les biens que le donateur laisse à son décès. Comment peut-on savoir s'il a opté pour toute l'hérédité? La question se décide par les principes qui régissent l'acceptation: le donataire peut accepter expressément ou tacitement; dans l'un et l'autre cas, il est déchu de son droit d'option, pour mieux dire, il l'a exercé en acceptant l'hérédité. Quand même il aurait fait inventaire, cela n'empêcherait pas la renonciation de produire son effet; si le donataire avait accepté, fût-ce sous bénéfice d'inventaire, il ne pourrait pas revenir sur son acceptation pour s'en tenir aux biens présents, car accepter, même sous bénéfice d'inventaire, c'est opter, et celui qui a opté ne peut plus exercer le droit d'option. Mais tant que le donataire n'a pas accepté l'hérédité, il peut opter pour les biens présents sans être tenu de faire un inventaire; l'inventaire est inutile, car le donataire est tenu des dettes présentes personnellement, par conséquent, sur son propre patrimoine, dans lequel les biens présents qu'il recueille viennent se confondre.

Autre est la question de savoir quelles sont les obligations du donataire en ce qui concerne le payement des dettes s'il accepte l'hérédité tout entière. On est, dans ce cas, sous l'empire du droit commun, comme nous le dirons plus loin.

(1) Troplong, t. II, p. 360, nos 2419-2422; Demolombe, t. XXIII, p. 384, no 357.

271. L'état des dettes est la condition sous laquelle le donataire jouit du droit d'option; s'il n'y a pas d'état, le donataire ne peut pas diviser l'hérédité pour s'en tenir aux biens présents; c'est dire que la donation cumulative reste ce qu'elle est, dans son principe, une institution contractuelle. Tel est le sens de l'article 1085, qui est ainsi conçu : « Si l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour le tout. » C'est bien là la position de l'héritier contractuel comme de tout héritier : l'acceptation d'une hérédité ne peut pas être divisée, car on ne peut pas être héritier pour partie.

272. Quelle sera la situation du donataire s'il renonce à la succession contractuelle? Il faut appliquer par analogie l'article 785, aux termes duquel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. La donation est donc censée n'avoir jamais été faite. De là suit que le donataire ne peut rien réclamer des biens donnés, ni rien en retenir; si donc il avait été mis en possession des biens présents, comme cela arrive parfois, il devrait rendre ces biens aux héritiers du donateur. La cour de Grenoble l'a décidé ainsi, par un arrêt assez mal rédigé. Elle pose en principe que toute donation de biens présents et à venir entraîne *nécessairement*, de la part du donateur en faveur du donataire, dessaisissement soit de la nue, soit de la pleine propriété des biens donnés, selon qu'il s'en est ou ne s'en est pas réservé la jouissance. Cela n'est pas exact; il faut dire, au contraire, que la donation n'entraîne aucun dessaisissement; nous avons dit plus haut que telle est la doctrine consacrée par la jurisprudence (nos 254-255). S'il y avait dessaisissement des biens présents, le donataire en serait propriétaire irrévocable. La cour de Grenoble, pour arriver à la solution de la question que nous discutons, dit que si le donataire renonce soit aux biens à venir, soit à la succession du donateur, cette renonciation entraîne la résolution de son droit, même quant aux biens présents. Cela serait difficile à concevoir dans l'opinion émise par la

cour, d'un dessaisissement actuel opéré par la donation : d'où viendrait cette résolution? D'une condition légale? Il n'y en a pas. D'une condition stipulée? Il n'y en a pas davantage. La cour s'est engagée dans une difficulté sans issue, en partant d'un faux principe. Il n'y a pas dessaisissement de droit ; si, de fait, le donataire a été mis en possession, cela n'empêche pas que la propriété ait continué à résider sur la tête du donateur; à sa mort, les biens présents et les biens à venir forment son hérédité : le donataire y renonce, il renonce donc aux biens présents et aux biens à venir; ces biens ne forment qu'un seul et même patrimoine, une seule et même hérédité. C'est seulement par l'effet de l'option qu'il y a des biens présents distincts des biens à venir. Or, dans l'espèce, il n'y a pas d'option possible puisqu'il n'y a pas de donataire, le donataire étant censé n'avoir jamais été institué (1).

273. Le donataire peut aussi accepter ; mais n'ayant plus le droit de diviser son acceptation, il doit accepter pour le tout. Quelles seront les conséquences de l'acceptation? L'article 1085 répond que le donataire ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants lors du décès. Cette rédaction n'est pas exacte, elle doit être rectifiée par l'article 1083. Les principes ne laissent aucun doute sur les effets de l'acceptation. La donation est une institution contractuelle ordinaire (n° 271); l'instituant a eu le droit de disposer des biens à titre onéreux; c'est en ce sens que l'article 1085 dit que le donataire ne peut réclamer que les biens qui se trouvent dans l'hérédité du donateur, il ne peut pas réclamer les biens dont celui-ci a disposé à titre onéreux, pas même les biens présents ; car le donateur a eu le droit de les aliéner, sans distinction entre les biens présents et les biens à venir (n° 262); c'est seulement quand le donataire s'en tient aux biens présents que l'on distingue ces biens des biens à venir ; or, le donataire a accepté l'institution pour le tout, dès lors il n'y a pas de distinction entre les biens à venir et les biens présents. Mais si le donateur avait disposé des biens

(1) Grenoble, 19 janvier 1847 (Dalloz, 1856, 2, 11).

à titre gratuit, le donataire pourrait certainement les réclamer; en effet, la donation cumulative est une institution contractuelle, et elle reste une institution contractuelle lorsque le donataire l'accepte pour le tout. Donc, il faut appliquer l'article 1083. Toute institution contractuelle assure à l'institué la qualité et les droits d'héritier; donc dans toute institution le donataire s'interdit la faculté de disposer à titre gratuit, puisque, en faisant des libéralités, il révoquerait l'institution d'héritier, laquelle est irrévocable. De là suit que le donataire qui accepte l'institution pour le tout peut réclamer les biens dont le donateur aurait disposé à titre gratuit : le donateur n'a pas eu le droit d'en disposer; en ce sens, les biens donnés existent dans sa succession, à la différence des biens aliénés à titre onéreux qui sont sortis définitivement de son patrimoine. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

Parmi les biens existants au décès du donateur, il faut comprendre les biens mobiliers, alors même qu'il n'y aurait pas d'état estimatif. Il ne peut être question d'exiger un état estimatif lorsqu'il n'y a pas de donation de biens présents; or, quand le donataire accepte l'institution pour le tout, il n'y a plus qu'un seul patrimoine, comprenant sans distinction les biens présents et les biens à venir; cela exclut l'application de l'article 948 qui suppose une donation de biens présents (2).

274. Quant aux dettes, l'article 1085 porte que le donataire qui accepte l'institution pour le tout est soumis au payement de *toutes* les dettes et charges de la succession. Le mot *toutes* veut-il dire que le donataire doit supporter les dettes pour le tout, alors même que son institution ne comprendrait qu'une quotité des biens? On l'a prétendu, mais cette interprétation a été repoussée par la jurisprudence; la loi, ainsi entendue, serait contraire à tout principe. En effet, les dettes se divisent entre les

(1) Cassation, 31 mars 1840 (Dalloz, n° 2188); Rejet, 27 février 1821 (Dalloz, n° 2163). Comparez Duranton, t. IX, p. 731, n° 730; Coin-Delisle, p. 580, n° 9; Aubry et Rau, t. VI, p. 279, notes 13 et 14; Demolombe, t. XXIII, p. 377, n° 351.

(2) Duranton, t. IX, p. 734, n° 733. Comparez, plus haut, n° 262.

divers successeurs d'après leur part héréditaire; il serait inouï que celui qui ne prendrait que le tiers ou le quart des biens fût tenu de la totalité des dettes. Si la loi dit que le donataire qui accepte *toute* l'institution est tenu de *toutes* les dettes, c'est par opposition au donataire qui, n'acceptant que les biens présents, n'est tenu que des dettes présentes, telles qu'elles se trouvent détaillées dans l'état des dettes. Cela devient évident quand on met l'article 1085 en regard de l'article 17 de l'ordonnance de 1731, d'où il est tiré. L'ordonnance prévoyait les deux hypothèses : le donataire avait le choix de prendre les biens tels qu'ils se trouveraient au jour du décès du donateur, en payant *toutes les dettes et charges*, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient lors de la donation, en payant seulement les dettes et les charges *existantes audit temps*. Le code n'a pas reproduit cette dernière partie de l'article 17; mais elle est sous-entendue, comme nous le dirons plus loin. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord (1).

Si la donation ne porte que sur des biens particuliers, le donataire n'est pas tenu des dettes. Il n'y a pas, dans ce cas, de donation cumulative, le donataire ne prend que des objets déterminés; il est donataire à titre particulier, et, comme tel, il n'est pas tenu des dettes. Il y a un arrêt de la cour de Paris qui paraît contraire : la cour a confondu la donation cumulative avec l'institution contractuelle. Dans l'espèce, il n'y avait point de donation de biens présents et à venir; le donateur donnait à sa femme, par contrat de mariage, tous les meubles, argent, bijouterie et deniers comptants qu'il laisserait à son décès. C'était donc une donation de biens à venir, et on pouvait soutenir qu'elle était faite à titre particulier (2).

275. Le donataire est-il tenu des dettes *ultrà vires?* Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la saisine, le donataire n'est qu'un successeur aux biens, parce qu'il

(1) Toulouse, 26 novembre 1826, et les autres arrêts cités par Dalloz, nº 2182.
(2) Paris, 15 novembre 1811 (Dalloz, nº 2183).

n'a pas la saisine; dès lors l'article 724 ne lui est pas applicable, et il n'y en a pas d'autre qui impose aux successeurs universels l'obligation de payer les dettes indéfiniment. Ceux qui admettent que tout successeur universel, saisi ou non, doit supporter les dettes *ultrà vires*, décident naturellement qu'il en est de même du donataire universel qui est héritier par contrat. Au contraire, les auteurs qui enseignent que l'héritier saisi est seul tenu indéfiniment des dettes et charges, décident que le donataire ne doit payer les dettes *ultrà vires* que lorsqu'il a la saisine, c'est-à-dire, dans leur opinion, lorsqu'il n'est pas en concours avec un héritier réservataire; tandis qu'il est seulement tenu jusqu'à concurrence de son émolument lorsque, étant en concours avec des héritiers à réserve, il n'est pas saisi (1).

Toutes ces opinions sont conséquentes, une fois le principe admis. Troplong seul est inconséquent. Il a emprunté à l'ancien droit une distinction qui n'a plus de raison d'être dans le droit moderne. D'après lui, le donataire des biens présents et à venir ne serait jamais tenu des dettes et charges *ultrà vires*, alors même qu'il aurait la saisine. De sorte qu'il y aurait une différence inexplicable entre le donataire des biens à venir et le donataire des biens présents et à venir; l'un, étant saisi, serait tenu indéfiniment; l'autre, tout en étant saisi, ne serait tenu que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille. Pour admettre une anomalie pareille, il faudrait un texte, et il n'y en a pas. L'ancien droit que Troplong invoque peut bien servir à interpréter le code, mais on ne peut pas s'en prévaloir pour introduire dans le code une distinction qui heurte tous les principes que le code a consacrés. Nous croyons inutile d'insister : l'opinion de Troplong est restée isolée (2).

276. Il reste une dernière hypothèse, la seule dans laquelle la donation cumulative contienne une dérogation

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 279, et note 16; Demolombe, t. XXIII, p. 381, n° 355.
(2) Troplong, t. II, p. 356, nos 2415 et suiv. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 279, note 16, § 740. Demolombe, t. XXIII, p. 382, n° 355.

à l'institution contractuelle. Lorsqu'il y a un état des dettes du donateur existantes au jour de la donation, le donataire est libre de s'en tenir aux biens présents, dit l'article 1084, en renonçant au surplus des biens du donateur. Quand peut-il faire cette option? L'article 1085 répond : lors du décès du donateur. En effet, c'est l'exercice du droit héréditaire qui a été conféré au donataire par contrat, et le droit héréditaire ne peut être exercé qu'après l'ouverture de la succession. Le donataire ne peut donc pas faire son option durant la vie du donateur, pas même dans un partage d'ascendant que ferait le donateur. Toutes ces matières sont exorbitantes du droit commun, le partage d'ascendant aussi bien que l'institution contractuelle; il faut donc se renfermer strictement dans les limites du texte. La loi admet, à la vérité, des conventions sur une succession future, dans le partage d'ascendant, ainsi que dans l'institution contractuelle; mais il ne résulte pas de là que toute convention sur une succession future soit licite; il faut, au contraire, maintenir la prohibition dans tous les cas où la loi n'y fait pas expressément exception : cela décide notre question; loin de permettre au donataire d'opter pendant la vie du donateur, la loi dit qu'il ne peut faire son option que lors de son décès (1).

L'option est l'exercice du droit héréditaire, car le donataire accepte l'hérédité soit pour le tout, soit en partie. Il faut donc appliquer à l'option les principes qui régissent l'acceptation. Elle ne peut se faire sous condition, et elle est irrévocable (2). Si le donataire a accepté l'institution pour le tout, il ne peut plus revenir sur le choix qu'il a fait. La cour de Grenoble a décidé le contraire par de très-mauvaises raisons; elle dit qu'une libéralité ne peut jamais devenir onéreuse, d'où elle conclut que le donataire a, en tout état de cause, le droit de répudier les biens à venir pour s'en tenir aux biens présents, alors même qu'il aurait volontairement procédé au partage de

(1) Rejet, 29 juillet 1818 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 355). Comparez, Riom, 30 avril 1811, au mot *Dispositions*, n° 2178.
(2) Besançon, 1er frimaire an XI (Dalloz, n° 2165).

la succession (1). Cette décision confond tous les principes. Il ne s'agit pas de savoir si le donataire peut renoncer à une donation ordinaire. La donation cumulative des biens présents et à venir est une institution d'héritier ; le donataire vient à une succession, il peut l'accepter en tout ou en partie; mais une fois son option faite, l'acceptation est irrévocable, comme toute acceptation d'une hérédité : *Semel hæres, semper hæres.*

De ce que l'acceptation du donataire est régie par le droit commun en matière d'hérédité, faut-il conclure, comme le fait un auteur (2), que l'article 790 est applicable à l'institution contractuelle, c'est-à-dire que le donataire qui a renoncé aux biens à venir peut revenir sur sa renonciation tant que son droit héréditaire n'est pas prescrit et que l'hérédité n'a pas été acceptée par d'autres ayants droit? Il suffit de poser la question pour la résoudre ; l'article 790 est une anomalie inexplicable, comme nous l'avons dit au titre des *Successions*. Est-ce qu'on applique par analogie des dispositions exorbitantes du droit commun, alors que le droit commun seul est applicable?

277. Le donataire peut opter pour les biens *présents*. Qu'entend-on par là? Si le donateur n'a fait aucun acte de disposition, il n'y a aucun doute; le donataire prendra les biens qui se trouvaient dans le domaine du donateur lors de la donation et qui y sont restés. Mais que faut-il décider si le donateur a acheté des immeubles avec des deniers qu'il possédait lors de la donation? ou s'il a vendu un bien présent et acheté un autre bien avec le prix provenant de la vente? Appliquera-t-on le principe de la subrogation? La négative a été jugée dans le cas où un débiteur avait donné un immeuble en payement de sa dette; c'est le cas le plus favorable à la subrogation, puisque l'immeuble payé tient lieu des deniers. Nous croyons que la cour de Bordeaux a bien jugé (3). Il n'y a pas de

(1) Grenoble, 28 juin 1823 (Dalloz, n° 2166).
(2) Guilhon, *Des donations*, n° 913. Comparez le tome IX de mes *Principes*, p. 516, n°s 450 et suiv.
(3) Bordeaux, 26 mai 1830 (Dalloz, n° 2174). Troplong, t. II, p. 354, n° 2407.

subrogation légale sans loi et la loi garde le silence, non-seulement en matière d'institution contractuelle, mais aussi dans la succession ordinaire. Cela est décisif. Troplong approuve la décision, mais par des considérations de fait qui ne suffiraient pas pour la justifier et dans lesquelles, par conséquent, il est inutile d'entrer.

278. Que devient l'institution cumulative quand le donataire déclare s'en tenir aux biens présents? On répond d'ordinaire que dans ce cas la donation cumulative se transforme en donation de biens présents, d'où suivrait que la donation cesse d'être une institution contractuelle, et qu'elle est régie en tout par les principes qui régissent la donation de biens présents (1). Nous avons fait, à plusieurs reprises, des réserves contre la doctrine ainsi formulée. La loi ne dit pas que la donation cesse d'être une institution contractuelle lorsque le donataire opte pour les biens présents : elle dit seulement que le donataire peut s'en tenir aux biens présents, ce qui est tout autre chose; le donataire reste donc ce qu'il était, un héritier contractuel; mais, par exception au droit commun, il peut diviser son acceptation, accepter les biens présents et renoncer aux biens à venir. Il est donc un héritier partiel; cela est une étrange anomalie, mais nous sommes dans une matière tout à fait exceptionnelle, toute de faveur. Le texte est bien en ce sens : l'article 1084 dit que le donataire « renonce au surplus des biens du donateur, » sa renonciation est donc partielle, donc son acceptation l'est aussi. Et en quelle qualité accepte-t-il? En quelle qualité renonce-t-il? Il n'en a pas d'autre que celle de donataire universel ou d'héritier contractuel. Donc il reste héritier contractuel, avec cette modification qu'il ne l'est que pour partie, il est héritier des biens présents; il y aura un autre héritier des biens à venir, ou la succession sera vacante si personne ne la réclame et si les héritiers connus y renoncent.

279. Quels sont les effets de l'option quant à l'actif

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 280, § 740. Demolombe s'exprime en termes moins absolus (t. XXIII, p. 385, n° 358).

héréditaire? L'article 1084 dit que le donataire peut s'en tenir aux biens présents. Qu'arrivera-t-il si le donateur a aliéné un bien présent, à titre onéreux? L'aliénation doit tomber; la loi ne le dit pas, mais c'est une conséquence de l'option que fait le donataire. Dans quel but la loi lui donne-t-elle la faculté d'opter pour les biens présents? C'est pour que les biens lui soient assurés, si le désordre des affaires du donateur l'oblige à renoncer aux biens à venir. Or, pour qu'ils lui soient assurés, il faut que le donateur n'ait pas le droit de les aliéner au préjudice du donataire, c'est-à-dire que celui-ci ait le droit de les revendiquer, s'ils ont été aliénés, comme il a le droit de les revendiquer, quand le donateur a disposé des biens à titre gratuit. Tout le monde est d'accord sur ce point. Dans l'opinion générale, on dit que c'est une application du principe, que l'institution se transforme en donation de biens présents (1). Il est inutile de recourir à un principe que la loi ignore pour justifier une solution qui découle de la nature même de l'institution cumulative. Cela est plus qu'inutile, cela est dangereux, comme nous l'avons dit plus haut (n° 251).

Pour l'application du principe, il faut distinguer si la chose aliénée est mobilière ou immobilière. Si elle est immobilière, le donataire ne pourra revendiquer que s'il a transcrit l'acte de donation avant la vente que le donateur a faite. C'est une conséquence logique du système de transcription : le donataire ne peut pas faire valoir son titre contre les tiers acquéreurs s'il n'est pas transcrit; or, son titre c'est l'acte de donation. Nous avons dit plus haut que, dans la prévision de l'option qu'il pourra exercer, la prudence commande au donataire de faire transcrire son acte. A défaut de transcription, la donation n'existe pas à l'égard des tiers, et par suite le donataire n'est pas propriétaire à leur égard, ce qui le met dans l'impossibilité de revendiquer (2).

Quant au mobilier, la revendication est impossible

(1) Troplong, t. II, p. 352, n° 2401, et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. XI, p. 281, note 21, § 740.

contre les tiers possesseurs de bonne foi, s'il s'agit de meubles corporels (art. 2279). Le donataire aura-t-il une action contre le vendeur? Nous le croyons, puisque le donateur a vendu ce qu'il n'avait pas le droit de vendre. Mais l'action sera inutile ; si le donataire s'en tient aux biens présents, c'est que le donateur est insolvable; et à quoi sert une action contre celui qui a plus de dettes que d'avoir? Autre est la question de savoir si le donataire qui s'en tient aux biens présents peut réclamer le mobilier que le donateur possède encore, quand il n'y a pas d'état estimatif annexé à la donation? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 262).

280. Quel est l'effet de l'option quant au passif? La loi ne le dit pas d'une manière expresse, comme le faisait l'ordonnance de 1731, mais la solution est la même; le donataire devra payer les dettes et charges existantes au temps de la donation. C'est en vue de cet effet de l'option que la loi prescrit un état des dettes et charges. Si la loi ne le dit pas, c'est qu'il était inutile de le dire. Le donataire est héritier contractuel, à titre de successeur universel, il doit payer les dettes ; accepte-t-il toute l'hérédité, il payera toutes les dettes; n'accepte-t-il que les biens présents, il payera les dettes présentes.

Les créanciers ont-ils action contre le donataire pour les dettes présentes? Oui, et sans doute aucun, car il est tenu comme successeur universel, quoiqu'il ne prenne que les biens présents, c'est-à-dire des biens particuliers. Tout successeur universel est soumis à l'action des créanciers. Si l'on admet que l'institution se transforme en une donation de biens présents, il faut dire que le donataire est successeur à titre particulier, et comme tel il ne pourrait être actionné par les créanciers; dans cette opinion, le donataire devrait simplement contribuer aux dettes à l'égard de ses cosuccesseurs (1).

281. Le donataire a trente ans pour réclamer les biens soit contre la succession, soit contre les tiers acquéreurs.

(1) Comparez Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 501, n° 257 *bis* X.

Quand il agit contre la succession, il exerce son droit héréditaire, ce qui se fait par voie d'action en partage. L'action qu'il a contre les tiers est une action en revendication. Il va sans dire que l'une et l'autre action ne prennent naissance qu'au décès du donateur. C'est seulement alors que la succession s'ouvre et que les actions héréditaires peuvent être exercées (1).

SECTION V. — Des exceptions à l'irrévocabilité des donations.

§ Ier. *Principe.*

282. L'irrévocabilité est le caractère distinctif de la donation; dans l'ancien droit, on l'exprimait par cet adage que *donner et retenir ne vaut;* le code ne reproduit pas la formule, mais il en consacre les conséquences dans les articles 943-946. On n'est pas d'accord sur le sens et la portée de la maxime et des conséquences qui en dérivent; ce qui est certain, c'est que la défaveur qui frappait les donations dans le droit ancien y joue un grand rôle. Puisque l'irrévocabilité, telle qu'on l'entendait, était une entrave que l'on voulait mettre aux libéralités, il eût été contraire à l'esprit de la maxime d'en faire l'application aux donations qui se font au profit des époux et des enfants à naître du mariage, car autant les donations sont en général défavorables, autant elles sont favorables quand elles tendent à favoriser le mariage. Aussi disait-on dans l'ancien droit : « Donner et retenir, *hors mariage*, ne vaut. » Il y avait des coutumes qui déclaraient expressément que « *toutes* donations *par contrat de mariage* sont bonnes et valables, *etiam en donnant ou retenant* (2). » Le code civil a maintenu le droit traditionnel; après avoir déduit, dans les articles 943-946, les conséquences qui résultent de l'irrévocabilité, il ajoute dans l'article 947 : « Les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapi-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 281, note 23, § 740.
(2) *Coutume du Bourbonnais*, art. 219. Demolombe, t. XXIII, p. 397, n° 367.

tres VIII et IX du présent titre. » Et quelles sont ces donations? Le chapitre VIII est intitulé : « Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage. » Et le chapitre IX porte pour titre : « Des dispositions entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. » L'article 947 veut donc dire que la maxime *Donner et retenir ne vaut* ne reçoit pas d'application aux libéralités que des tiers font aux époux par leur contrat de mariage, ni aux libéralités que les époux se font entre eux. Il faut par conséquent dire, sous l'empire du code comme dans l'ancien droit : « Donner et retenir, *hors mariage*, ne vaut. » L'article 1086 est conçu dans le même sens ; il permet de déroger aux règles établies par les articles 943 et suivants, dans les donations qui se font par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur union. C'est la reproduction de la coutume du Bourbonnais, que nous venons de citer.

283. L'exception que le code consacre, d'après la tradition, s'applique-t-elle à la donation de biens présents? Il y a quelque doute sur cette question. L'article 1081, qui parle de cette donation, dit en termes formels que, quoique faite par contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux, elle est soumise aux règles générales prescrites pour les donations entre-vifs ; et le deuxième alinéa de l'article contient une application de ce principe : la donation de biens présents ne peut avoir lieu au profit des enfants à naître. Or, l'article 1086 dit expressément que les dérogations à l'irrévocabilité des donations qu'il autorise ne sont permises que dans les donations par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage. Voilà deux textes qui semblent décider notre question négativement. Cependant l'opinion contraire doit être préférée.

Les auteurs du code ont suivi, en cette matière, la tradition ; on peut leur reprocher de l'avoir suivie trop servilement, en ce sens que l'esprit de l'ancien droit français n'est plus le nôtre ; notre législation n'a plus pour but de maintenir les biens dans les familles ; nous ne savons

plus ce que c'est que les propres dont les coutumes défendaient de disposer au préjudice des héritiers, Or, la règle *Donner et retenir ne vaut* avait le même objet; les auteurs du code, s'écartant du principe, auraient dû en rejeter les conséquences. Cela prouve combien ils étaient attachés à la tradition. Donc la tradition, en cette matière, peut et doit être invoquée pour interpréter le code civil. Or, dans l'ancien droit la formule même de la maxime excluait les donations faites en faveur des époux, et l'exception comprenait toutes les donations en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, donc aussi la donation de biens présents. L'article 947 formule l'exception dans des termes tout aussi généraux en disant que les articles qui consacrent les conséquences de la règle de l'irrévocabilité ne s'appliquent point aux donations *dont est mention* aux chapitres VIII et IX; ces mots *dont est mention* comprennent certainement la donation de biens présents, puisque l'article 1er la *mentionne*. L'article 1086 confirme l'article 947, dont il n'est, à vrai dire, qu'une interprétation, car il *mentionne* également la donation de biens présents.

La combinaison des articles 947 et 1086 semble lever tout doute. Mais comment concilier l'article 1081 avec ces deux dispositions? Il paraît tout aussi formel en sens contraire, puisqu'il soumet expressément à toutes les règles des donations entre-vifs la donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux; et la première de ces règles, la plus importante, n'est-elle pas celle de l'irrévocabilité? On répond à l'objection qu'il y a deux donations de biens présents : l'une, faite dans les termes de l'article 1081, c'est-à-dire conforme en tout au droit commun qui régit les donations entre-vifs; l'autre, dérogeant à la règle de l'irrévocabilité, qui, par cela même, cesse d'être une donation de biens présents pour prendre les caractères d'une donation de biens à venir, et est régie par les articles 1086 et 947. Ceux qui font une donation aux époux entendent-ils se dépouiller actuellement, irrévocablement, leur libéralité sera soumise à la maxime *Donner et retenir ne vaut;* ils

pourront la faire en dehors du contrat de mariage par un acte notarié ordinaire, mais ils ne pourront pas y comprendre les enfants à naître. Veulent-ils, au contraire, faire une libéralité qui ne soit pas soumise à la règle de l'irrévocabilité, ils le peuvent, mais dans ce cas la donation doit être faite par contrat de mariage et elle profitera, de même que l'institution contractuelle, non-seulement aux époux, mais aux enfants à naître du mariage. Par ce dernier caractère, elle s'éloigne entièrement de la donation de biens présents de l'article 1081, et se rapproche de l'institution contractuelle. On demandera pourquoi la donation de biens présents devient une donation de biens à venir lorsqu'elle déroge à la règle de l'irrévocabilité? C'est qu'elle ne produit pas d'effet immédiat, puisqu'elle peut être révoquée par le donateur; elle ne devient définitive qu'au moment où il ne peut plus révoquer, c'est-à-dire à sa mort; en ce sens une donation révocable est une donation de biens à venir (1).

Ainsi l'article 1081 et les articles 1086 et 947 se concilient parfaitement : ils prévoient des donations d'une nature toute différente, quoique les parties les qualifient de donations de biens présents. Il n'y a qu'une seule donation véritable de biens présents, c'est celle de l'article 1081, elle est irrévocable. Le législateur permet de faire une donation de biens présents qui déroge à l'irrévocabilité; dans ce cas, la donation prend les caractères et les effets d'une donation de biens à venir. Il y a néanmoins une différence entre la donation révocable de l'article 1086 et l'institution contractuelle des articles 1082 et 1084; celle-ci n'est pas translative de propriété, tandis que l'autre emporte le dessaisissement actuel du donateur, seulement il peut révoquer la donation; le donataire est donc propriétaire, mais il n'a qu'une propriété révocable. Il faut ajouter que la révocabilité, dans la donation de l'article 1086, n'est pas absolue, c'est une révocabilité relative circonscrite dans les limites des clauses

(1) Marcadé, t. IV, p. 211, n° III de l'article 1086. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 505, n° 259 *bis* II.

de l'acte ; l'irrévocabilité reste la règle, puisque la donation porte sur les biens présents; la révocabilité est l'exception, et l'exception n'existe que dans les cas prévus par l'acte (1).

§ II. *Application.*

284. Parmi les dispositions que l'article 947 déclare inapplicables aux donations faites en faveur des époux et des enfants à naître du mariage, se trouve celle de l'article 943 : « La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. » L'institution contractuelle de l'article 1081 déroge à ce principe, puisqu'elle porte sur les biens à venir; il en est de même de la donation cumulative des biens présents et à venir (article 1084), qui n'est que l'institution contractuelle modifiée. La donation de biens présents elle-même, quand elle est faite avec l'une des clauses autorisées par les articles 947 et 1086, prend le caractère d'une donation de biens à venir, puisqu'elle ne dessaisit pas le donateur irrévocablement, ce qui l'éloigne, comme nous venons de le dire (n° 283), de la donation de biens présents et la rapproche de la donation de biens à venir. On peut, en vertu des articles 947 et 1086, donner un bien si l'on en devient propriétaire. C'est réellement donner un bien à venir (2).

285. D'après l'article 945, la donation est nulle si elle est faite sous la condition d'acquitter les dettes et charges que le donateur laissera à son décès. L'article 1086 permet, au contraire, de faire par contrat de mariage, en faveur des époux et des enfants à naître de leur union, une donation « à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur. » Il

(1) C'est l'opinion généralement suivie (Dalloz, n° 2194; Demolombe, t. XXIII, p. 292, n° 270). Cassation, 27 décembre 1815 (Dalloz, n° 2195). Les opinions dissidentes de Grenier (t. III, p. 469, n° 439) et de Coin-Delisle (p. 583, nos 5 et 6) sont restées isolées.

(2) Troplong, t. II, p. 377, n° 2455.

dépend alors du donateur de révoquer indirectement la libéralité, en contractant des dettes qui dépassent la valeur des biens donnés. Si la charge devient trop onéreuse, le donataire peut renoncer à la donation. La donation ne devient donc définitive qu'à la mort du donateur. Dans l'opinion généralement suivie, la donation de biens présents peut se faire sous cette condition. C'est surtout pour cette donation que la clause dérogatoire a de l'utilité. Quand la donation porte sur les biens à venir, c'est une institution contractuelle; l'institué est de droit soumis au payement des dettes et charges de la succession qu'il recueille. Toutefois la clause dérogatoire peut aussi être insérée dans une donation de biens à venir ; l'institution peut être faite pour une quotité des biens que le donateur laissera à son décès, à charge par le donataire de supporter les dettes pour une part plus grande et même pour le tout.

Il s'est présenté un cas dans lequel il y a quelque doute. Les oncle et tante de la future lui font donation par contrat de mariage de leurs biens présents et à venir, à la charge pour le donataire d'acquitter, au décès du survivant des donateurs, les dettes contractées par tous deux ou par un seul. Après le décès de sa femme, l'oncle contracte une obligation de 4,000 francs, pour sûreté de laquelle il hypothèque, outre les biens qui lui appartenaient, des biens dépendant de la succession de sa femme. Le créancier hypothécaire ayant saisi les biens hypothéqués, la donataire prétendit que les dettes contractées par son oncle frappaient exclusivement les biens par lui donnés. Cette prétention fut repoussée par la cour de Rouen; et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. Il est certain que la donataire était tenue de la dette contractée par son oncle; c'était la clause formelle de l'acte, sauf à la donataire à user du droit que lui donne l'article 1086 de renoncer à la donation (1). Mais il nous paraît tout aussi certain que l'hypothèque consentie par le donateur était nulle en ce qui concerne les biens de sa femme; n'étant

(1) Rejet, 3 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 293).

pas propriétaire de ces biens, il n'avait pas le droit de les hypothéquer, la créance restait donc une créance chirographaire, sauf l'hypothèque que le donateur avait consentie sur ses propres biens.

286. L'article 944 porte que « toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur sera nulle. » D'après l'article 1086, le donateur peut faire une donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur union, « sous des conditions dont l'exécution dépend de sa volonté. » Cela veut-il dire que la donation puisse être faite sous une condition purement potestative de la part du donateur? Non, certes. La loi permet de déroger à la maxime *Donner et retenir ne vaut,* elle ne permet pas de déroger à l'article 1174, aux termes duquel toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Dans l'opinion que nous avons adoptée, la donation est irrévocable en ce sens qu'elle ne peut être faite sous une condition potestative mixte : c'est à la maxime ainsi entendue que l'article 1086 permet de déroger, mais il ne permet pas de faire une donation sans lien aucun. Quand la condition est suspensive, tout le monde est d'accord; la donation ne pourrait donc pas être faite sous la condition : *si je veux.* Mais il y a des auteurs qui enseignent qu'elle pourrait être faite sous une condition résolutoire purement potestative. Il est vrai que la loi elle-même déclare révocable, par la seule volonté du donateur, les donations que l'un des époux fait à son conjoint pendant le mariage (art. 1096), mais c'est par un motif tout à fait particulier : elle suppose qu'il n'y a pas eu volonté de donner, que le consentement a été arraché ou surpris. Il faut donc écarter l'article 1099 et décider la question d'après les principes généraux. Or, la donation est un contrat, et tout contrat est essentiellement irrévocable : l'institution contractuelle elle-même est irrévocable, d'après l'article 1083: donc on ne peut admettre que le législateur ait autorisé une donation qui, en donnant au donateur le droit de révoquer d'une manière absolue,

lui permettrait d'anéantir la libéralité qu'il a faite (1). On objecte la maxime *Donner et retenir ne vaut*, maxime que l'on interprète en ce sens qu'elle s'oppose à ce que la donation soit révocable par la pure volonté du donateur (2). Nous avons dit ailleurs que tel n'est pas le sens de cette maxime. L'irrévocabilité ne signifie pas que la donation ne peut être révoquée par la pure volonté du donateur; elle signifie que l'on ne peut faire la donation sous des conditions potestatives mixtes. Donc l'exception que les articles 947 et 1086 admettent à la règle de l'irrévocabilité signifie que le donateur par contrat de mariage peut faire des libéralités en y ajoutant des conditions de cette nature. Cela est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. Elle veut favoriser le mariage; et serait-ce favoriser le mariage que de permettre des donations absolument dépendantes de la volonté du donateur (3)?

287. L'article 1086 ajoute : « Le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions s'il n'aime mieux renoncer à la donation. » Voilà une nouvelle dérogation au droit commun ; le donataire a accepté la donation sous les conditions que le donateur y a attachées; il est lié par son acceptation ; le contrat étant formé, comment peut-il le rompre par sa seule volonté? Furgole se fait l'objection, et il y répond très-mal; d'après lui, ce que nous considérons comme une exception pour les donations faites en contrat de mariage, serait une règle applicable à toutes les donations. Et quel serait le fondement de cette règle? La donation, dit-il, n'est pas un contrat synallagmatique; autrement le donataire n'aurait pas le droit de renoncer aux biens pour se libérer des charges; car les contrats, quoique volontaires dans leur principe, forment des obligations que l'on ne peut résoudre que par le concours de la volonté de tous les contractants (4). Ce que Furgole dit des contrats synallagmatiques est vrai de tout contrat;

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 505, n° 259 *bis* I.
(2) Demolombe, t. XXIII, p. 404, n° 376. Comparez le tome XII de mes *Principes*, p. 493, n° 408 et 410.
(3) Bonnet, *Des dispositions par contrat de mariage*, t. II, n° 573.
(4) Furgole, *Sur l'article XVIII de l'ordonnance de* 1731 (t. V, p. 171 et suivantes).

l'article 1134 le dit formellement, et cela est élémentaire. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. » Ce principe s'applique à la donation, ou il faut nier que la donation soit un contrat. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point au chapitre des *Donations*.

La disposition de l'article 1086 est donc une disposition spéciale aux donations faites par contrat de mariage, et, ainsi limitée, elle s'explique. On veut favoriser le mariage; serait-ce le favoriser que d'imposer au donataire une libéralité qui lui serait onéreuse? Si l'on permet au donateur d'augmenter les charges à volonté, ce qui rend la donation révocable en un certain sens, on doit aussi permettre au donataire de renoncer à une donation qui n'est plus une libéralité.

288. Enfin l'article 1086 permet au donateur de se réserver la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens. La loi parle seulement de la donation de biens présents, parce que cette donation seule pouvait donner lieu à difficulté; il va de soi que dans une donation de biens à venir le donateur puisse se réserver la faculté de disposer d'un effet ou d'une somme. Mais dans aucune donation cette réserve ne peut être absolue. La loi est formelle; c'est seulement d'un effet ou d'une somme que le donateur peut se réserver la faculté de disposer; donc il ne peut se réserver la faculté de disposer de tout ce qu'il donne. On dira que le donateur a cette liberté absolue dans l'institution contractuelle. Oui, à titre onéreux; non, à titre gratuit, et c'est surtout des dispositions à titre gratuit qu'il s'agit. Les dispositions à titre onéreux que fait le donateur qui a institué un héritier par contrat, loin d'être préjudiciables à l'héritier, peuvent lui être très-avantageuses; si le donateur gère en bon père de famille, il ne disposera que pour s'enrichir et, par conséquent, pour enrichir son héritier. Mais il n'en serait pas ainsi d'une donation de biens présents faite par contrat de mariage avec faculté de disposer des

choses données; cette faculté anéantirait la donation; le donataire ne profiterait pas de l'aliénation consentie par le donateur, alors même qu'elle serait avantageuse; car il n'a droit qu'aux biens présents, et le bien aliéné cesse de faire partie des biens présents du donateur, et il n'est pas remplacé par le prix.

Le cas s'est présenté devant la cour d'Agen. Un immeuble avait été donné en contrat de mariage, avec réserve d'usufruit et avec faculté de l'aliéner. Le donateur ne fit pas usage de la réserve. On attaqua la donation comme contraire à l'article 1086. La cour jugea que la donation était valable, le donateur n'ayant pas aliéné la chose; à l'objection que la condition était illicite, la cour répond que si la condition est réellement illicite, elle doit être réputée non écrite (1). C'est une erreur; il y a des conditions qui ne sont pas réputées non écrites, ce sont celles qui vicient la donation dans son essence en permettant au donateur de la révoquer; les articles 943 et suivants prononcent la nullité de ces donations. S'il est permis de déroger à l'irrévocabilité des donations, c'est dans les limites que trace l'article 1086; la révocabilité est l'exception, dès qu'on ne se trouve pas dans les limites de l'exception, on rentre dans la règle qui établit la prohibition et la nullité. Or, la liberté illimitée de disposer de tous les biens donnés n'est pas autorisée par la loi, donc une clause pareille serait nulle, et elle annulerait la donation.

289. Quel est l'effet de la réserve? L'article 1086 répond à la question : « Si le donateur s'est réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation et appartiendront au donataire ou à ses héritiers. » Dans les donations entre-vifs, au contraire, l'effet ou la somme dont le donateur s'est réservé la liberté de disposer appartiennent aux héritiers du donateur s'il meurt sans en avoir disposé.

(1) Agen, 21 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 34).

La raison de la différence est que, dans la donation entre-vifs, la réserve de disposer viole la règle de l'irrévocabilité; il en résulte que la donation est nulle en ce qui concerne le bien ou la somme compris dans la réserve, elle doit donc profiter aux héritiers du donateur ; tandis que, en contrat de mariage, la réserve est valable; le bien ou la somme sont donc compris dans la donation ; la conséquence est qu'ils profitent au donataire si le donateur n'use pas de la faculté qu'il s'est réservée d'en disposer.

Nous disons que le bien est compris dans la donation. L'intention du donateur pourrait cependant être différente. Furgole dit qu'il ne faut pas confondre la réservation de la faculté de disposer d'une chose ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, avec la clause par laquelle le donateur se réserve purement et simplement une chose ou une somme, ou une quotité des biens. Dans le premier cas, la faculté de disposer est une condition qui doit être remplie afin que la chose soit retranchée de la donation; faute de quoi elle appartient au donataire. Au lieu que, dans le second cas, le retranchement est pur et actuel, indépendamment de toute disposition, ce qui est réservé n'est pas donné et reste, par conséquent, la propriété du donateur; d'où suit que la somme ou l'effet passeront à ses héritiers (1). La même distinction est admise par les auteurs modernes (2). Elle peut être difficile à appliquer; cela dépend de l'intention du donateur, question de fait qui est abandonnée à l'appréciation du juge (3).

290. On demande si les clauses de réserve doivent être entendues restrictivement. Le donateur fait une institution contractuelle, il se réserve la liberté de disposer jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Peut-il disposer au delà, en vertu de l'article 1083 qui lui permet de disposer pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement? Dans l'ancien droit, on décidait que la clause était restrictive en ce qui concerne les dispositions

(1) Furgole, *Sur l'article XVIII de l'ordonnance de* 1731 (t. V, p. 174).
(2) Demolombe, t. XXIII, p. 406, n° 379. Marcadé, t. IV, p. 214, n° V de l'article 1086.
(3) Bordeaux, 19 janvier 1827 (Dalloz, n° 711).

à titre gratuit, mais qu'elle n'empêchait pas le donateur de disposer à titre onéreux. Ce dernier point n'est pas douteux, puisque la faculté d'aliéner à titre onéreux est de droit commun dans l'institution contractuelle; il est même douteux que le donateur puisse s'interdire la faculté d'aliéner (n° 215); en tout cas, faudrait-il une clause expresse. Quant aux dispositions à titre gratuit, la question de savoir si la clause est restrictive ou non dépend de l'intention du donateur; il est très-chanceux de trancher ces difficultés *à priori;* il en faut laisser la décision à la prudence du juge, puisque tout dépend des circonstances de la cause. Nous en dirons autant des stipulations que renferme la clause, soit quant à la personne en faveur de laquelle le donateur se réserve de disposer, soit quant à la manière d'en disposer : l'interprète ne peut qu'établir des présomptions de fait, présomptions auxquelles la réalité peut à chaque pas donner un démenti; abandonnons au juge une appréciation qui est nécessairement de son domaine (1).

291. La fin de l'article 1086 a donné lieu à des débats sans fin ; chaque auteur a son interprétation. Nous croyons inutile de rapporter ces explications et de les combattre, c'est une de ces questions de théorie que l'on ne discute qu'à l'école. Le donateur n'use pas de la liberté qu'il s'était réservée de disposer d'une chose ou d'une somme; la loi décide que l'effet ou la somme appartiendront au donataire *ou à ses héritiers*. Comment peuvent-ils appartenir aux héritiers du donataire? De deux choses l'une : ou le donataire survit au donateur, il recueille en ce cas l'effet ou la somme compris dans la réserve, il les transmet à ses héritiers, ce qui certes allait sans dire : ou le donataire prédécède, en ce cas la donation est caduque, à moins que le donataire ne laisse des enfants compris dans la donation. C'est ce second cas que la loi a en vue, puisqu'elle met les *héritiers* sur la même ligne que le donataire, mais elle a eu tort de parler des *héri-*

(1) Voyez, en sens divers, Troplong, n°s 2461, 2462, 2465, et Demolombe, t. XXIII, p. 408, n°s 381 et 382, et les autorités qu'ils citent.

tiers, car les héritiers, comme tels, ne sont jamais compris dans la donation, ils ne peuvent donc jamais recueillir les biens réservés, à moins que ce ne soient les enfants du donataire; mais il était aussi inutile de mentionner les enfants, car ils sont *donataires*, et c'est à ce titre qu'ils recueilleront, s'il y a lieu, les choses comprises dans la réserve. En définitive, la disposition n'a pas d'effet (1).

292. Telles sont les dérogations que le donateur peut apporter à la règle de l'irrévocabilité des donations. Elles ne sont autorisées que par exception. De là suit d'abord qu'elles ne peuvent se faire que dans une donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître; l'article 1086 est formel; la dérogation serait illicite si elle était faite, à la vérité, par contrat de mariage, mais dans une libéralité au profit d'une autre personne (2). Il suit du même principe que les clauses dérogatoires sont de stricte interprétation, en ce sens qu'elles ne reçoivent d'application que dans le cas pour lequel les parties ont dérogé à l'irrévocabilité des donations. La dérogation est nécessairement partielle, comme nous en avons fait la remarque, la révocabilité absolue étant en opposition avec l'essence de tout contrat; or, le code permet bien de déroger à l'irrévocabilité des donations, mais il ne permet pas de déroger à l'irrévocabilité des contrats. De là la conséquence que la donation reste irrévocable, sauf dans le cas et pour la cause exceptés dans la clause dérogatoire.

Cela n'est pas douteux et il en résulte une conséquence importante. La donation exceptionnelle de l'article 1086 se rapproche de la donation de biens à venir, alors même qu'elle a pour objet des biens présents, en ce sens qu'elle comprend les enfants à naître et qu'elle devient caduque par le prédécès du donataire. Mais cette exception n'existe que dans les limites de la clause dérogatoire : si donc le

(1) Comparez Toullier, t. III, 2, p. 449, n° 827; Grenier, t. III, p. 369, n° 439; Duranton, t. IX, p. 749, n° 741; Coin-Delisle, p. 584, n°s 10 et 11. Demante, t. IV, p. 506, n° 259 *bis* IV; Troplong, t. II, p. 391, n° 2485; Demolombe, t. XXIII, p. 413, n° 385.

(2) Orléans, 17 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203).

donateur de biens présents s'était réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la libéralité, la donation resterait une donation de biens présents pour les autres biens; par conséquent elle ne profiterait pas aux enfants à naître, et elle ne serait pas caduque par le prédécès du donataire; elle n'aurait ces caractères exceptionnels que dans les limites de l'exception, c'est-à-dire pour les biens réservés. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

293. L'article 1089 porte que les donations faites dans les termes de l'article 1086 deviennent caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. Pourquoi la loi déclare-t-elle caduques des donations par cela seul qu'elles dérogent à la règle de l'irrévocabilité? Nous en avons déjà dit la raison : c'est qu'étant révocables, ces donations ne deviennent définitives qu'à la mort du donateur; si le donataire prédécède, il n'a pas de droit définitif, par suite la donation tombe. On objecte, contre cette explication généralement admise, qu'elle suppose que les donations de l'article 1086 sont des donations testamentaires ou à cause de mort, tandis que, en réalité, ce sont des donations entre-vifs (2). L'objection n'est pas sérieuse. Sans doute, ce sont des donations entre-vifs, puisque le code n'en connaît pas d'autres. Mais l'institution contractuelle est aussi une donation entre-vifs, ce qui ne l'empêche pas d'être caduque par le prédécès du donataire; or, la donation de l'article 1086 prend le caractère et les effets d'une donation de biens à venir; il est donc naturel qu'elle devienne caduque par le prédécès de l'époux donataire et des enfants nés du mariage.

294. L'article 1089 dit que la donation devient caduque si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. Faut-il conclure de cette rédaction que les héritiers du donateur sont tenus de prouver que leur auteur a survécu au donataire et à sa postérité? Non, certes. La loi n'entend pas déroger aux règles générales sur les preuves. Or, l'une de ces règles est que celui qui réclame

(1) Aubry et Rau (t. VI, p. 248 et note 6), et Demolombe (t. XXIII, p. 419, n° 390), et les auteurs qu'ils citent.
(2) Demolombe, t. XXIII, p. 414 et suiv., n° 385.

un droit subordonné à la condition de survie, doit prouver la survie, parce que c'est là le fondement de la demande. Ce principe s'applique aux donations par contrat de mariage comme aux legs. C'est donc à ceux qui réclament des biens comme ayant été recueillis par le donataire ou un de ses enfants qu'incombe la preuve que le donataire, leur auteur, ou ses enfants ont survécu au donateur (1).

SECTION IV. — Dispositions générales.

295. L'article 1090 porte : « Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer. » Cette disposition fait naître une première difficulté : les donations par contrat de mariage et surtout les constitutions de dot sont-elles de véritables libéralités, ou sont-elles soumises aux principes qui régissent les contrats à titre onéreux? A certains égards, la loi les considère comme des actes onéreux; ainsi celui qui a constitué une dot est obligé à garantie (art. 1440); et dans l'action paulienne on exige la complicité du mari et du donateur, comme s'il s'agissait d'une vente. De là la question de savoir si les donations à titre de dot sont réductibles. Avant l'ordonnance de 1731, les parlements des pays de droit écrit étaient divisés; les uns ne soumettaient la dot à un retranchement qu'après la mort du mari ou la séparation des époux, quand l'intérêt du mari n'était plus en jeu; les autres jugeaient que la dot était réductible, même sans attendre la mort du mari. Dans les pays coutumiers, on suivait cette dernière jurisprudence, c'est celle que l'ordonnance de 1731 consacre et, après elle, le code civil. Cette décision est fondée en droit et en équité; le père n'étant pas obligé de doter son enfant, la dot qu'il lui donne est nécessairement une libéralité; elle est donc

(1) Duranton, t. IX, p. 757, n° 750, et tous les auteurs.

sujette à rapport ou à réduction pour maintenir l'égalité entre les enfants (1).

296. Les donations par contrat de mariage étant des libéralités, il faut que le donateur soit capable de disposer et le donataire capable de recevoir à titre gratuit. A quelle époque la capacité doit-elle exister? La question est controversée; les uns appliquent les principes qui régissent les dispositions à cause de mort (2), les autres assimilent entièrement les constitutions de dot aux donations entre-vifs. C'est ce dernier principe que nous avons suivi dans tout le cours de cette matière; il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer à la capacité des parties contractantes; c'est, au contraire, dans ce cas que la question souffre le moins de difficulté. La donation par contrat de mariage exige le consentement du donateur et celui du donataire; et c'est naturellement au moment où les parties consentent qu'elles doivent être capables de consentir. On objecte que la donation ne devient définitive qu'à la mort du donateur, puisqu'elle est caduque si le donataire prédécède. Qu'importe? De ce que le donataire doit survivre conclura-t-on qu'il doit manifester un nouveau consentement? La seule volonté qu'il ait à manifester est celle d'accepter ou de répudier; mais cette manifestation de volonté n'a rien de commun avec la capacité de recevoir à titre gratuit. Il a reçu la qualité d'héritier par contrat, ce contrat est définitif et irrévocable, tout est consommé; le droit est acquis, il ne s'agit plus que de l'exercer; or, c'est au moment où l'on acquiert un droit qu'il faut être capable de l'acquérir, et non au moment où on l'exerce (3).

297. Comment se fait la réduction? La question est toujours de savoir si l'on doit assimiler les donations par contrat de mariage aux donations entre-vifs ou aux donations testamentaires. Elle est préjugée par ce que nous venons de dire. L'article 1083 déclare l'institution contractuelle irrévocable, tandis qu'il est de l'essence du tes-

(1) Troplong, t. II, p. 396 et suiv., nos 2501-2504.
(2) Demante et Colmet de Santerre, t. IV, p. 511, nos 264 et 264 *bis* I.
(3) Demolombe, t. XXIII, p. 421, nos 393-395.

tament d'être révocable; donc le droit du donataire existe dès que la donation est parfaite, tandis que le droit du légataire ne prend naissance qu'à la mort. Il faut donc appliquer aux donations par contrat de mariage ce que l'article 923 dit de la réduction des donations entre-vifs; il n'y a lieu de les réduire que lorsqu'on a épuisé les dispositions testamentaires; et quand on sera obligé de réduire les donations, on commencera par la dernière, en remontant ensuite de celle-ci aux plus anciennes.

Il y a un léger motif de douter quand il s'agit d'appliquer ce principe aux donations de l'article 1086; elles sont révocables, dit-on, comme les dispositions testamentaires, donc elles doivent être soumises à la même règle pour la réduction. L'objection est peu sérieuse. La révocabilité d'une donation faite dans les termes de l'article 1086 n'est jamais absolue comme celle des legs; le droit ne date donc pas de la mort, il date du contrat; ce qui est décisif quand il est question de réduire des libéralités (1).

CHAPITRE X.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

SECTION I. — Des donations entre époux par contrat de mariage

§ Ier. *Notions générales.*

298. Les dispositions entre époux par contrat de mariage jouissent de la même faveur que les donations que des tiers font aux futurs époux; les unes et les autres favorisent le mariage et, par suite, la loi les favorise également. Elle permet aux futurs époux de se faire des libé-

(1) Mourlon, *Répétitions*, p. 441 et suiv. Troplong, t. II, p. 397 et suiv., nos 2505 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 427, nos 396-405.

ralités qui, en général, sont prohibées comme renfermant des pactes successoires; elle n'exige pas que les donations qu'ils se font par contrat de mariage soient acceptées d'une manière expresse (art. 1087). Les donations entre époux ne sont pas révocables pour survenance d'enfant (art. 960). Sont-elles révocables pour cause d'ingratitude? Nous avons examiné la question ailleurs (1).

Les donations entre époux sont placées hors du droit commun pour ce qui regarde la capacité des parties contractantes. En général, les mineurs sont incapables de donner entre-vifs (art. 903 et 904); tandis que la loi leur permet de donner, par contrat de mariage, à l'autre époux tout ce que l'époux majeur peut donner à son conjoint (art. 1095). Nous reviendrons sur cette disposition au titre du *Contrat de mariage*, qui est le siége de la matière.

Les donations entre époux sont encore soumises à des règles spéciales pour ce qui concerne la quotité du disponible; nous les expliquerons plus loin en suivant l'ordre du code.

299. Sauf ces dérogations au droit commun, les donations entre époux par contrat de mariage sont soumises aux règles générales que le code établit pour les donations, combinées avec celles qui régissent les conventions matrimoniales. Nous donnerons quelques applications empruntées à la jurisprudence.

Un homme marié contracte un second mariage avant la dissolution du premier; les époux se font une donation mutuelle par leur contrat de mariage, puis ils font un testament où ils reproduisent ces libéralités sous forme de legs. Le mariage étant radicalement nul, les conventions matrimoniales se trouvaient entachées du même vice. Il a été jugé que la nullité des donations entraînait la nullité des dispositions testamentaires, celles-ci n'ayant été faites que pour couvrir la nullité des dispositions entre-vifs. La décision est sévère, mais elle peut se justifier. En principe, les époux bigames pouvaient sans doute s

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 22, nos 21 et 22.

faire des libéralités par testament. Mais, dans l'espèce, les libéralités étaient faites en fraude de la loi, en ce sens que, les donations étant nulles, ils voulaient échapper à cette nullité en faisant des dispositions testamentaires; or, on ne peut pas permettre de faire fraude à une loi qui est d'ordre public (1).

La nullité du mariage entraîne la nullité des conventions matrimoniales et, par suite, la nullité des donations qui se trouvent dans le contrat de mariage. Toutefois s'il a existé une communauté de fait entre les époux, chacun d'eux peut reprendre ses apports, bien entendu s'ils sont réels et justifiés. Souvent les apports sont fictifs et constituent, par conséquent, une donation déguisée. Il a été jugé que la fraude peut être prouvée par de simples présomptions et que celui-là même qui en est complice ou ses ayants cause sont admis à s'en prévaloir. C'est l'application du droit commun qui régit la nullité des mariages (2).

300. Aux termes de l'article 1091, les époux peuvent, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos. C'est dire que les époux peuvent se faire les mêmes donations que les tiers peuvent faire aux futurs époux; donc une donation de biens présents (art. 1081), une donation de biens à venir (art. 1082), une donation cumulative de biens présents et à venir (art. 1084), et enfin une donation dérogeant à la règle de l'irrévocabilité (art. 1086). L'article 1091 ajoute : « sous les modifications ci-après exprimées. » Ce sont ces modifications que nous allons exposer.

§ II. *De la donation de biens présents.*

301. L'article 1092 porte : « Toute donation entre-vifs de biens présents faite entre époux par contrat de mariage sera soumise à toutes les règles et formes ci-des-

(1) Paris, 1er août 1818 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 524).
(2) Poitiers, 16 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 2, 195).

sus prescrites pour ces sortes de donations. » Quelles sont ces règles? Ce sont d'abord les règles générales établies pour les donations entre-vifs, puis les règles et formes spéciales des donations faites par contrat de mariage, c'est-à-dire que les articles 959 et 960 sont applicables aux donations faites par contrat de mariage ainsi que les articles 1087 et 1088. Il résulte encore de l'article 1092 que la donation de biens présents entre époux peut déroger à la maxime *Donner et retenir ne vaut*; elle peut, par conséquent, être faite sous les conditions prévues par l'article 1086.

302. Quand y a-t-il donation de biens présents? Nous avons répondu à la question en traitant des donations que les tiers font aux époux par leur contrat de mariage. La difficulté que nous avons examinée à plusieurs reprises (n° 193) se rencontre surtout dans les donations que les futurs époux se font en réglant leurs conventions matrimoniales. On demande si le don d'une somme à prendre sur la succession du donateur est une donation de biens présents ou une donation de biens à venir. Nous nous sommes prononcé pour cette dernière solution. La jurisprudence est en ce sens quand il s'agit de donations faites entre époux (1). Toutefois la controverse reparaît dans l'application. La cour de cassation a décidé que la donation d'une somme à prendre sur les valeurs les plus claires de la succession du donateur (c'est la formule usuelle) produit seulement au profit du donataire un droit éventuel, incertain, qui peut demeurer sans effet utile et qui se réalise seulement à l'ouverture de la succession du donateur et sur les biens qui s'y trouvent. La cour en conclut que l'hypothèque légale de la femme ne frappe pas les biens dont il s'agit pour sûreté de ce droit éventuel (1). Nous reviendrons sur cette dernière question au titre des *Hypothèques*.

Faut-il appliquer le principe dans le cas où le donateur a hypothéqué spécialement ses biens pour sûreté de la

(1) Rejet, 16 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 245). Comparez Rejet, 11 juillet et 20 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 109 et 110).

donation qu'il a faite à son conjoint? Il a été jugé que dans ce cas le droit à la somme donnée était actuel, que l'exécution seulement en était ajournée (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation (2); toutefois il faut remarquer que l'arrêt se fonde sur l'ensemble de la clause et sur l'intention du donateur; de sorte que la question reste toujours douteuse. Nous maintenons l'opinion que nous avons énoncée au chapitre des *Donations* (3).

303. L'article 1092 dit que la donation entre-vifs de biens présents faite entre époux par contrat de mariage n'est point censée faite sous la condition de la survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée. C'est le droit commun pour les donations entre-vifs; et comme les donations de biens présents entre époux faites par contrat de mariage restent soumises au droit commun, on ne comprend pas, à première vue, pourquoi le législateur dit une chose qui allait sans dire. La tradition explique cette disposition qui, d'après les principes du code, est certainement inutile. Dans l'ancien droit, la question était controversée. D'excellents auteurs soutenaient que la donation de biens présents entre époux étant faite par des considérations toutes personnelles au donataire, devait devenir caduque par son prédécès. Il y avait une raison plus grave, parce qu'elle tient à l'intérêt général. Si l'époux donataire acquiert immédiatement et irrévocablement la propriété des biens donnés et s'il vient à prédécéder sans enfants, il en résultera que les biens passeront à ses héritiers, c'est-à-dire qu'ils sortiront d'une famille pour entrer dans une autre; or, l'esprit du droit français était de conserver les biens dans les familles. Ce dernier motif ne pouvait plus être invoqué sous l'empire de notre droit nouveau, puisqu'il s'est écarté de la tradition en rejetant la fameuse maxime qui assurait les propres à la famille d'où ils provenaient. Quant à la volonté du donateur, c'est à lui de l'exprimer : préfère-t-il ses parents à la famille du donataire, il est libre de stipuler

(1) Rouen, 9 décembre 1825 (Dalloz, n° 1349, 2°).
(2) Rejet, 24 janvier 1822 (Dalloz, n° 2298).
(3) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 520, n° 427.

que la donation est faite sous la condition de survie du donataire; il peut le stipuler alors même qu'il y aurait des enfants, s'il préfère que les enfants recueillent les biens dans sa succession (1).

304. L'article 1092 dit que la condition de survie doit être *formellement* exprimée. C'est une exception au droit commun, et toute exception n'existe qu'en vertu d'une manifestation de volonté. Faut-il qu'elle soit expresse? La loi semble l'exiger, le mot *formellement* est synonyme d'*expressément*. Toutefois, dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, on ne prend pas ces expressions à la lettre; la volonté tacite équivaut à la volonté expresse. Il a été jugé en ce sens que le don fait dans un contrat de mariage par un mari à sa femme d'un droit d'habitation et d'usufruit de certains appartements dans une maison lui appartenant est présumé fait sous la condition de la survie de la donataire (2). Nous n'aimons pas le mot *présumé*; il est certain que, dans l'espèce, il ne pouvait être question ni d'une présomption de l'homme (article 1358), ni d'une présomption légale (article 1350). Mais la volonté de faire une libéralité attachée à la personne du donataire résultait de la nature même de la disposition. Considéré comme droit réel, l'habitation est un droit essentiellement personnel. Dans l'intention du donateur, il l'était encore; car que voulait-il? En donnant à sa femme une habitation dans une maison qu'ils devaient habiter ensemble pendant la durée de leur union, il ne songeait certes pas à lui faire une libéralité actuelle et immédiate; à ce titre, elle aurait été sans objet et sans utilité; son but unique était de la faire jouir après sa mort des appartements qui lui seraient nécessaires, afin d'éviter qu'elle fût expulsée par les enfants de son mari; donc, par sa nature, la donation était subordonnée à la survie de la femme.

305. La condition de survie peut être stipulée comme condition suspensive ou comme condition résolutoire.

(1) Grenier, t. III, p. 427, n° 445. Coin-Delisle, p. 589, n° 1. Demolombe, t. XXIII, p. 445, n°s 411-413.

(2) Metz, 22 mai 1817 (Dalloz, n° 2310, 1°).

On applique dans les deux cas les principes qui régissent les conditions. Quand la condition est résolutoire, elle équivaut à la stipulation du retour faite au profit du donateur, dans le cas où le donataire vient à prédécéder (art. 952). D'ordinaire, la condition est suspensive. Il en résulte que la donation est subordonnée, quant à ses effets, à la survie de l'époux donataire. Tant que la condition est en suspens, le donataire n'a pas d'action contre le donateur; celui-ci reste propriétaire de la chose donnée et il en peut disposer, bien entendu, conditionnellement, pour le cas où la condition de survie ne se réaliserait pas; si elle se réalise, elle rétroagit au jour du contrat, c'est le donataire qui a été propriétaire à partir de ce moment, et, par suite, tous les actes de disposition faits par le donateur viennent à tomber.

Il y a donc une grande différence entre la donation de biens présents faite sous condition de survie et la donation de biens à venir. Celle-ci ne confère au donataire que la qualité d'héritier, le droit ne s'ouvre qu'au décès du donateur et il ne rétroagit point (n[os] 223-226), tandis que la donation conditionnelle donne au conjoint un droit immédiat, bien qu'éventuel. Le droit conditionnel permet au donataire de faire des actes conservatoires (art. 1180), tandis que l'héritier contractuel ne peut pas faire d'acte conservatoire. Dans la donation de biens à venir, le donateur conserve la libre disposition des biens donnés à titre onéreux, et l'héritier institué doit respecter les actes que l'instituant a faits. Le donateur qui a donné sous condition ne peut plus disposer, comme nous venons de le dire, il a donné irrévocablement, il ne peut pas plus disposer à titre onéreux qu'à titre gratuit.

La jurisprudence est en ce sens (1) et les principes ne sont pas douteux. Il y a cependant des arrêts qui considèrent la donation faite sous condition de survie comme une donation à cause de mort (2). C'est une erreur qu'il

(1) Rejet, 15 mai 1834 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3840). Metz, 22 mai 1817 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2310, 1°). Lyon, 25 juillet 1837 (Dalloz, *ibid.*, n° 2311, 1°).

(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, n° 2314.

est inutile de réfuter, puisque cette opinion est abandonnée. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur les donations à cause de mort.

306. La donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage entre époux, étant soumise aux règles des donations entre-vifs, il s'ensuit qu'elle doit être transcrite, et accompagnée d'un état estimatif. Cela n'est pas douteux lorsque la donation est pure et simple. Il en est de même quand la donation est conditionnelle; la condition de survie n'empêche pas que le donataire ait un droit acquis, qui ne peut lui être enlevé par le donateur; il importe donc aux tiers de connaître la transmission conditionnelle d'un immeuble aussi bien que la transmission pure et simple; de là la nécessité de la transcription. Cela est de jurisprudence (1); il y a un arrêt contraire de la cour de Toulouse, mais il part d'un principe reconnu faux, en disant que la donation avec condition de survie tient plus de la donation à cause de mort que de la donation entre-vifs (2). Il en faut dire autant de l'état estimatif : il est destiné à assurer l'irrévocabilité de la donation qui a pour objet des effets mobiliers; or, la donation conditionnelle est irrévocable; il importe donc d'assurer les droits du donataire : de là la nécessité d'un état estimatif (3).

307. L'article 1091 dit que les époux peuvent se faire réciproquement telle donation qu'ils jugeront à propos. Entre époux les donations mutuelles sont très-fréquentes. Elles sont soumises aux principes généraux qui régissent les dons mutuels. Nous avons dit ailleurs que la question de savoir si les dons mutuels sont de vraies libéralités est controversée (4). Quand ils se font entre époux par contrat de mariage, il n'y a pas de doute; l'article 1091 dit formellement que les époux peuvent se faire *réciproquement* ou l'un des deux à l'autre telle donation qu'ils

(1) Bruxelles, 3 avril 1830 (Dalloz, n° 2315, et *Pasicrisie*, 1830, p. 98), et 4 février 1852 (*ibid.*, 1854, 2, 48).
(2) Toulouse, 7 mai 1829 (Dalloz, n° 2313, 2°).
(3) Comparez Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, n° 1521).
(4) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 423, n° 342.

jugeront à propos; la loi met donc les donations réciproques sur la même ligne que les donations que l'un des deux époux fait à l'autre. Cela est aussi fondé en raison. Les donations ont pour mobile l'affection, et l'affection ne peut-elle pas être réciproque? Ne l'est-elle pas entre les futurs époux au moment où ils vont contracter mariage (1)? La cour de cassation en conclut que les dons mutuels que se font les époux sont soumis aux principes qui régissent les donations : elles sont réductibles, elles sont révocables; on les considère comme des actes à titre gratuit dans l'action paulienne.

La donation réciproque, de même que la donation unilatérale, peut avoir pour objet les biens présents ou les biens à venir. Il a été jugé qu'une donation mutuelle par contrat de mariage de *tous les biens généralement* au profit du survivant des époux, n'embrasse point les biens à venir; c'est une interprétation d'intention qui est dans le domaine des juges du fait. Quoique portant sur les biens présents, la donation est conditionnelle quand elle est faite au profit du survivant. C'est ordinairement comme gain de survie que la donation mutuelle entre époux se fait; ils n'ont aucune raison pour se dépouiller actuellement (2). La condition de survie a donné lieu, à plusieurs reprises, à une question qui prouve que la haine fait parfois place à l'amour qui a inspiré les donations. Il a été jugé que celui des époux qui s'est rendu coupable de meurtre ne peut réclamer l'effet de la donation, non que, dans l'opinion de la cour, elle fût révoquée pour cause d'ingratitude, mais parce que les chances de survie, que l'époux coupable a perdu le droit de réclamer pour lui, sont censées accomplies au profit de l'autre. C'est l'application de l'article 1178, aux termes duquel la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (3).

(1) Rejet, 2 janvier 1843 (Dalloz, n° 2274), et 23 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 17).
(2) Bourges, 17 mars 1824 (Dalloz, n° 2353).
(3) Rejet, 5 mai 1818, et Rouen, 8 mars 1838 (Dalloz, n° 2361, 1° et 2°).

308. La stipulation de gains de survie faite dans le contrat de mariage, par l'un des époux au profit de l'autre, est-elle une donation entre-vifs ou une institution contractuelle? Il a été jugé que c'est une donation de biens présents; la condition de survie rend bien la donation conditionnelle, mais il n'en résulte pas qu'elle porte sur des biens à venir (1). La question doit donc se décider, abstraction faite de la condition, d'après les termes du contrat et l'intention des parties. Ici reparaît la controverse que nous avons déjà rencontrée tant de fois quant à la donation d'une somme à prendre sur les plus clairs des biens délaissés par le donateur : est-ce une donation de biens présents ou une donation de biens à venir? La cour de Bordeaux a décidé que cette donation offrait les caractères d'une donation à cause de mort, et elle s'est servie pour la qualifier d'un terme assez mal sonnant, celui de legs irrévocable (2). D'autres arrêts décident que c'est une donation de biens présents (3). Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Donations*. Il est impossible qu'il s'établisse une jurisprudence constante en cette matière, la solution de la difficulté dépend de l'intention des parties; l'appréciation de cette intention appartenant aux juges du fait, leurs décisions ne sont point soumises à la révision de la cour de cassation.

§ III. *Donation de biens à venir.*

309. La cour de cassation dit que c'est aux juges à décider, d'après les termes du contrat, si la donation est une donation de biens à venir (4). On disait, dans l'espèce, que les donations de biens à venir étaient une exception qui exigeait une volonté précise des parties contractantes. Entre époux, on pourrait plutôt poser la règle contraire; ils n'ont pas de raison de se faire une donation actuelle,

(1) Toulouse, 24 mai 1855 (Dalloz, 1856, 2, 104).
(2) Bordeaux, 21 février 1851 (Dalloz, 1854, 2, 150).
(3) Lyon, 13 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 220). Rejet, 17 décembre 1853 (Dalloz, 1860, 1, 105).
(4) Rejet, 11 décembre 1832 (Dalloz, n° 2319).

puisque régulièrement ils jouissent en commun de leurs biens. La cour de cassation a décidé que la donation faite dans les circonstances suivantes était une donation à cause de mort. L'un des époux donne à son conjoint les immeubles qu'il possède. S'il n'y avait pas eu d'autres clauses, la donation aurait été une donation de biens présents, mais le donateur ajoutait que le donataire aurait droit à tout ce qui se trouverait dans ces immeubles à l'époque de son décès; de plus, la donation devait être réduite de moitié dans le cas où il y aurait des enfants nés du mariage qui parviendraient à leur majorité et dans celui où l'époux donataire convolerait en secondes noces. L'ensemble de ces clauses dénotait l'intention de faire une donation de biens à venir (1).

310. Quand la donation porte sur les biens à venir, on applique les principes qui régissent l'institution contractuelle. Le donateur conserve le droit de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution, mais il n'en peut disposer à titre gratuit que dans les limites tracées par l'article 1038 (2). Le donataire n'a aucun droit actuel sur les biens donnés, pas même un droit conditionnel; si les créanciers provoquent la vente, il ne peut pas s'y opposer; à la rigueur, il ne peut pas même faire d'actes conservatoires (n° 228); la jurisprudence l'admet cependant à intervenir pour surveiller l'emploi des deniers (3).

Le donataire est-il saisi? Doit-il demander la délivrance? On applique les principes que nous avons exposés plus haut (n°s 237-239). Il a été jugé, contrairement à notre opinion, que le donataire est saisi par l'effet du contrat; l'arrêt n'est pas autrement motivé : c'est décider la question par la question (4).

Le donataire peut accepter ou répudier la succession qui lui a été donnée par contrat. On lui applique le droit commun. Il y a quelque doute sur le point de savoir si

(1) Rejet, 20 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 117).
(2) Paris, 15 février 1822 (Dalloz, n° 2063, 3°).
(3) Agen, 18 juin 1833 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1180, 2°). Paris, 3 décembre 1813 (Dalloz, au mot *Contrat de Mariage*, n° 1363).
(4) Bruxelles, 10 août 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 344).

les articles 792 et 801 sont applicables à l'héritier contractuel; ils prononcent des déchéances et des peines contre l'héritier légitime qui a diverti ou recélé des effets d'une succession. La cour de cassation les a appliqués sans motiver sa décision (1). Sans doute, il y a même motif de décider, et la morale réclame la punition du donataire aussi bien que celle du successible *ab intestat;* mais l'analogie suffit-elle pour étendre des dispositions pénales?

L'époux donataire peut renoncer, à la mort du donateur; il ne le peut de son vivant, puisque ce serait la renonciation à une succession future (2). Par contrat de mariage, les futurs époux se font donation de l'usufruit des biens que le prémourant laissera à son décès. Puis l'époux donne à ses neveux et nièces la nue propriété de ses biens ; la femme intervient à l'acte pour renoncer en leur faveur à son usufruit moyennant une rente viagère. Il a été jugé que la renonciation est nulle, parce qu'elle a le caractère d'une stipulation sur succession future (3). La décision est rigoureuse, mais elle est juridique. Qu'importe que le droit de la femme soit conventionnel? C'est une convention sur une succession future que la loi autorise; mais de ce que l'institution contractuelle est permise, on ne peut pas induire que tous les actes intervenus sur la succession soient licites. La cour de cassation donne encore une autre raison dans une espèce analogue, où la femme avait renoncé à une institution contractuelle au profit d'un enfant commun. L'institution contractuelle est une clause du contrat de mariage et, à ce titre, elle est irrévocable; la loi prohibe tout changement aux conventions matrimoniales, dit la cour, « afin d'assurer la paix intérieure des familles et leurs droits acquis, en fermant toute espérance et toute attente de modifications ultérieures et en ne permettant pas de livrer aux discussions et à l'incertitude des volontés réciproques les conditions solennellement arrêtées sur la foi desquelles le mariage a été contracté. » Cette stabilité serait ébranlée s'il était

(1) Rejet, 16 janvier 1834 (Dalloz, n° 2342).
(2) Toulouse, 15 avril 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de Mariage*, n° 334).
(3) Rejet, 10 août 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1735, 2°).

permis au mari d'obtenir de sa femme qu'à l'effet de concourir avec lui aux avantages qu'il confère sur sa succession future à un des enfants du mariage, elle renonçât, sur la même succession, à une partie des avantages dont l'expectative lui est assurée en vertu d'une donation ; c'est précisément cet abus de l'autorité maritale que la loi a voulu empêcher en déclarant les conventions matrimoniales irrévocables (1).

Le donataire peut renoncer, au décès du donateur; la renonciation ne doit pas être faite au greffe (n° 235). Il a été jugé qu'elle peut être tacite; la femme est instituée héritière par contrat de mariage; puis le mari fait un testament qui remplace l'institution par le legs d'une somme déterminée. Si la femme réclame l'exécution du testament, elle renonce par cela même à la donation; son option implique une renonciation (2).

311. L'article 1093, après avoir établi le principe que la donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux est soumise aux règles générales qui régissent l'institution contractuelle, ajoute : « Sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur. » Cette disposition déroge au deuxième alinéa de l'article 1082, en vertu duquel les enfants sont présumés compris dans l'institution contractuelle, alors même que la donation serait faite seulement au profit des époux. Il y a exception en ce sens que cette présomption n'a plus lieu dans l'institution contractuelle que l'un des époux fait au profit de son conjoint. L'expression *transmissible* n'est pas exacte; elle suppose que le droit s'est ouvert au profit de l'institué et qu'il a recueilli la succession contractuelle; dans ce cas, il la transmet certainement avec le reste de son patrimoine à ses enfants; mais les enfants recueilleront les biens comme héritiers de leur père ou mère, et non comme donataires, en vertu d'un droit qui leur est propre.

(1) Rejet de la chambre civile, 11 et 12 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 19 et 21).
(2) Rejet, 21 mars 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4175, 2°).

Quelle est la raison de la dérogation que l'article 1093 apporte à la règle de l'article 1083? La règle est fondée sur l'intention présumée du donateur; l'exception se fonde aussi sur cette volonté présumée. Quand la donation est faite par un parent ou un étranger aux époux et que ceux-ci prédécèdent, les enfants n'en peuvent profiter que comme donataires, et la loi suppose que l'intention du donateur est qu'ils en profitent. Au contraire, lorsque la donation est faite par un époux au profit de son conjoint, les enfants en peuvent profiter comme héritiers du donateur quand le donataire prédécède, et la loi suppose que le donateur, le père ou la mère des enfants, préfère que ceux-ci viennent à l'institution comme héritiers plutôt que comme donataires, parce que comme donataires, venant de leur chef, les enfants se croient indépendants de leurs père et mère, et les parents tiennent naturellement à ce que les enfants restent dans leur dépendance.

Les époux pourraient-ils comprendre les enfants dans l'institution contractuelle? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse, quoique la question soit controversée. L'institution contractuelle faite entre époux est soumise aux règles de l'article 1082; tel est le principe établi par l'article 1093; il n'y a qu'une exception, c'est que la loi ne présume pas, dans le silence de l'acte, que les enfants y sont compris; mais elle ne défend pas aux époux de les y comprendre, elle les y autorise, au contraire, puisqu'elle applique aux époux les règles générales de l'institution contractuelle. On objecte que l'article 1093 est conçu dans des termes impératifs : *ne sera point transmissible*. L'objection n'est pas sérieuse, la loi s'exprime régulièrement au futur, alors même qu'elle n'entend ni commander ni prohiber. Il faut donc voir si la disposition par sa nature est impérative ou prohibitive. Dans l'espèce, il s'agit uniquement d'une présomption de volonté : n'est-il pas de règle que la volonté expresse l'emporte sur la volonté présumée (1)?

(1) Duranton, t. IX, p. 770, n° 759. Aubry et Rau, t. VI, p. 282 et note 4, § 742. En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 451, n° 417, et les auteurs qu'il cite.

312. Les époux peuvent faire une donation cumulative de biens présents et à venir; elle sera aussi régie par les articles 1084 et 1085, sauf la dérogation concernant les enfants, dont nous venons de parler (art. 1093).

De même les époux peuvent faire une donation en dérogeant à la règle de l'irrévocabilité. Il est vrai qu'aucun article ne le dit au chapitre IX; mais l'article 947 est très-explicite, puisqu'il déclare que les dispositions qui précèdent, les articles 943-946, ne sont pas applicables aux donations dont est mention au chapitre IX, ce qui comprend évidemment les donations entre conjoints par contrat de mariage. Tel est aussi l'esprit de la loi; on voit par les articles 1091-1093 qu'elle veut favoriser les donations entre époux, de même que les donations que des tiers feraient aux futurs époux. Donc tout ce que nous avons dit de l'article 1086 s'applique aux donations entre époux.

SECTION II. Des donations entre époux pendant le mariage.

§ 1er. *Principe.*

313. Dans l'ancien droit, la plupart des coutumes prohibaïent toute libéralité entre époux. Coquille en donne une raison morale qui est très-belle. « Durant le mariage, dit-il, l'amitié se doit entretenir et conserver par honneur et en l'intérieur du cœur et non par dons. Cette raison est pleine d'honneur, ajoute Coquille, à ce qu'il ne semble que l'amitié, concorde et gracieux traitement, soit à vendre et pour faire connaître qu'au cœur est la vraie amour et non à l'extérieur. » Il y avait encore un autre motif de la prohibition établie par les coutumes : c'est le désir de conserver les biens dans les familles. Ferrière dit que ce désir sert de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières : « On a considéré que l'Etat ne peut se maintenir que par ce moyen; autrement, les conjoints par mariage qui n'auraient pas d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères. » Ferrière n'approuve pas cette prohibition : il

lui paraissait très-rigoureux d'interdire « aux maris et aux femmes tous moyens d'exercer la rémunération et la gratitude l'un envers l'autre, et d'être obligés de laisser leurs biens, au défaut d'enfants, à des héritiers collatéraux lesquels sont souvent inconnus ou indignes de recevoir leurs biens en cette qualité (1). »

La liberté naturelle, qui permet au propriétaire de disposer de ses biens comme il l'entend, l'a emporté sur l'esprit traditionnel du droit français, dont les auteurs du code se sont d'ailleurs écartés en rejetant la réserve coutumière. Il n'y avait qu'un danger pour les libéralités que les époux se font pendant le mariage, c'est qu'elles ne soient pas l'expression de la libre volonté du donateur. Le législateur a prévenu ce danger en déclarant les donations révocables; le donateur ayant une entière liberté de révoquer la libéralité qu'il aurait faite par contrat de mariage, on ne pourra pas dire, s'il n'use pas de ce droit, qu'il l'a faite pour acheter la paix ou par une affection inconsidérée. Voilà pourquoi l'article 1090 dispose que les donations faites pendant le mariage seront toujours révocables et que la femme peut les révoquer sans aucune autorisation (2).

314. La révocabilité des donations faites entre époux a répandu quelque incertitude sur la nature de ces libéralités. On a d'abord soutenu que le législateur n'avait pas entendu que la révocation se fît d'après le caprice du donateur (3), ce qui est bien évident : il a voulu assurer sa liberté. Mais que conclure de là? Que le droit de révoquer n'est pas illimité? Il l'est certainement; le texte le dit et les considérations morales que l'on invoque contre une révocation capricieuse n'empêcheraient pas la révocation d'être valable.

D'autres ont dit que la donation étant essentiellement révocable devait être assimilée à un testament. Il est inutile de s'arrêter à ce point de vue que le texte même de

(1) Coquille, *Institution au droit français* (*Des gens mariés*), p. 66. Ferrière, sur l'article 282 de la *Coutume de Paris*, glose I, n° 6.

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 88 (Locré, t. V, p. 338).

(3) Demolombe, t. XXIII, p. 474 et suiv. Comparez Dalloz, n° 328 2.

la loi condamne, puisqu'il qualifie de donations les libéralités que les époux se font entre eux pendant le mariage ; or, la donation est un contrat, ce qui la distingue essentiellement du testament. D'ordinaire on considère la donation entre époux pendant le mariage comme un acte mixte. Troplong dit que ce n'est pas une donation entre-vifs, puisqu'elle est révocable, ni un testament, puisqu'elle se fait par contrat et qu'elle produit immédiatement ses effets. Il en conclut que c'est un mélange des deux. Cette doctrine aurait des conséquences pratiques très-importantes, si elle était vraie. Troplong en conclut que la donation entre gens mariés ne peut être rapportée à un type unique, qu'elle emprunte des caractères divers à des principes différents, et qu'il faut un éclectisme prudent pour ne pas s'égarer sur ses effets. Toullier dit que ce sont des donations à cause de mort (1).

Il faut rejeter sans hésiter cette doctrine qui tend à créer un troisième mode de disposer à titre gratuit, alors que l'article 893 n'en reconnaît que deux, la donation entre-vifs et le testament; or, la donation entre époux n'est pas un testament, donc c'est une donation entre-vifs. Il est vrai qu'elle déroge, en un point essentiel, à la donation; la révocabilité est plus qu'une dérogation à la maxime *Donner et retenir ne vaut*, c'est une exception au droit commun des contrats, le donateur pouvant résoudre le contrat par sa seule volonté. Nous venons de dire les raisons de la révocabilité; cela n'empêche pas les auteurs du code de qualifier de donations les libéralités que les époux se font, ce qui est décisif. On objecte ces mots de l'article 1096 : *quoique qualifiées entre-vifs*, et l'on en a conclut que ces libéralités n'ont de la donation que le nom. Tel n'est pas le sens de la loi; elle ne permet pas aux époux de se faire des libéralités irrévocables et elle prévoit qu'ils pourraient éluder la révocabilité en qualifiant la libéralité de donation entre-vifs, laquelle est

(1) Troplong, t. II, p. 458, n° 2640. Toullier, t. III, 1, p. 498, n° 918. Comparez Rejet, 5 décembre 1816 (Dalloz, n° 2392).

essentiellement irrévocable. C'est pour prévenir qu'on n'élude ainsi la règle de la révocabilité que l'article 1096 ajoute que la donation sera révocable, alors même que les époux l'auraient qualifiée de donation entre-vifs.

De là suit que l'on doit appliquer aux donations entre époux les règles qui régissent les donations en général, c'est-à-dire les règles des donations entre-vifs quand une libéralité a pour objet des biens présents, et les règles des institutions contractuelles quand les époux se font une donation de biens à venir ou de biens présents et à venir. Comme le dit très-bien la cour de cassation, la révocabilité est une exception au droit commun; or, toute exception confirme la règle, de sorte que les principes généraux qui régissent les donations restent applicables à la donation entre époux, sauf l'irrévocabilité (1).

315. La loi ne dit pas, au chapitre IX, quelles donations les époux peuvent se faire pendant le mariage; mais l'article 947 dit implicitement qu'ils peuvent se faire donation des biens à venir, donc une institution contractuelle, soit ordinaire, soit cumulative. En effet, l'article 947 dispose que l'article 943, qui défend la donation de biens à venir, n'est pas applicable aux donations dont est mention au chapitre IX ; donc la donation entre époux pendant le mariage, dont il est traité dans ce chapitre, n'est pas soumise à la règle de l'article 943; elle peut par conséquent comprendre les biens à venir. Cela résulte même implicitement de l'article 1096. Pourquoi la loi ne permet-elle pas de donner des biens à venir? C'est une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations entre-vifs; or, les donations entre époux sont essentiellement révocables; il est donc très-logique qu'elles puissent avoir pour objet des biens à venir. Il est vrai que le code n'admet l'institution contractuelle qu'en faveur du mariage, et on ne peut pas dire qu'une libéralité faite entre conjoints favorise leur union. On ne peut s'expliquer cette nouvelle dérogation au principe qui prohibe les pactes

(1) Rejet, 16 juillet 1817 (Dalloz, n° 2391, 1°). Comparez cassation, 22 juillet 1807, sur le réquisitoire de Merlin (Dalloz, n° 2392).

successoires que par la grande faveur que la loi accorde au mariage, alors même qu'il est déjà formé (1).

La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage diffère de l'institution contractuelle en ce qui concerne l'irrévocabilité. Aux termes de l'article 1083, l'institution contractuelle est irrévocable, tandis que toute donation entre époux, pendant le mariage, est essentiellement révocable. Quand donc un époux institue son conjoint héritier par donation, il peut révoquer cette institution, comme il peut révoquer une donation de biens présents qu'il lui ferait. Est-ce à dire que l'institution contractuelle se confonde, dans ce cas, avec le testament? Non, car elle reste un contrat, et un contrat solennel. On applique, sous ce rapport, à la donation de biens à venir entre époux ce que nous dirons plus loin de la forme des donations que les époux se font pendant le mariage.

316. Les époux peuvent-ils, par leur contrat de mariage, renoncer au droit que la loi leur accorde de se faire des donations? Pothier approuvait cette renonciation. « C'est offenser les lois, dit-il, que de se permettre ce qu'elles défendent; ce n'est pas les offenser que de s'interdire ce qu'elles permettent. » Cela est très-vrai quand la faculté à laquelle on renonce est de pur intérêt privé; cela n'est plus vrai quand elle est d'ordre public. Or, le droit de donner est un attribut de la propriété, et la propriété est certainement d'ordre public; ce qui est décisif. Si Pothier se montrait favorable à ces renonciations, c'est qu'elles tendaient à conserver les biens dans les familles, ce qui était considéré jadis comme une base de l'ordre social (2). Dans nos idées modernes, c'est la liberté qui est le fondement de l'ordre politique et civil, et nous réprouvons toute clause ou convention qui la gêne. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine. Mais il y a quelque incertitude sur les motifs de décider. Merlin et la cour de cassation invoquent le principe qui défend de stipuler pour autrui; or, en renonçant à se faire des do-

(1) La doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Voyez les autorités dans Dalloz, n[os] 2377 et 2378.

(2) Pothier, *Des donations entre mari et femme*, n° 27.

nations, les époux stipuleraient, en réalité, pour leurs héritiers. Cela est vrai, mais il faut ajouter qu'alors même que les héritiers interviendraient au contrat de mariage, la renonciation serait encore nulle, parce que ce serait un pacte sur une succession future. La vraie raison est celle que nous venons de donner et que Troplong fait aussi valoir : les époux ne peuvent enchaîner d'avance leur liberté naturelle, parce que la liberté est d'ordre public, et on ne peut pas renoncer à ce qui est d'ordre public, pas même par contrat de mariage (art. 1388) (1).

§ II. *Formes.*

317. La donation entre époux étant une donation entre-vifs, il s'ensuit qu'elle doit être faite dans la forme prescrite par l'article 931 sous peine de nullité, pour mieux dire, d'inexistence de l'acte. Peu importe qu'il s'agisse de biens à venir ou de biens présents; car la donation de biens à venir est aussi régie par l'article 931 quand elle ne se fait pas par contrat de mariage. Il ne peut donc être question de soumettre la donation de biens à venir aux formes du testament lorsqu'elle se fait entre époux. Grenier a raison de dire qu'il y a lieu de s'étonner qu'une idée pareille soit venue à une cour d'appel; l'arrêt de la cour de Rennes a été cassé, dans l'intérêt de la loi, sur le réquisitoire de Merlin. Il est inutile d'insister sur un point qui ne saurait être douteux (2).

318. Il suit du même principe que les donations entre mari et femme doivent être, non pas acceptées, comme le dit Grenier, mais acceptées d'une manière expresse. Telle est la règle pour toute donation entre-vifs (art. 932); l'article 1087 n'y déroge que pour les donations faites par contrat de mariage; ce qui laisse sous l'empire du droit commun les donations faites pendant le mariage. Cela

(1) Troplong, t. II, p. 475, n° 2680. Merlin, *Répertoire,* au mot *Renonciation,* § I, n° 3. Rejet, 31 juillet 1809, 15 juillet 1812, et Cassation, 22 décembre 1818 (Dalloz, n° 2380).

(2) Grenier, t. III, p. 456, n° 457, et tous les auteurs. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, n° 3292.

n'est pas très-logique; le législateur, mettant ces donations sur la même ligne que les donations par contrat de mariage, pour les dérogations au droit commun qu'il y autorise, aurait dû étendre cette faveur à la forme. Mais il ne l'a pas fait, et l'esprit de la loi ne suffit point pour déroger à un texte formel et à des principes tout aussi certains (1). Cela a été jugé ainsi dans une espèce où le mari, présent à l'acte, autorisait sa femme à accepter : l'autorisation d'accepter, dit la cour, n'est pas une acceptation expresse (2). La décision est très-juridique, mais elle témoigne contre la rigueur de la loi, rigueur qui, dans les donations favorables, n'a plus de raison d'être.

319. Faut-il aussi que la donation soit transcrite? On a contesté la nécessité de la transcription, parce que, dit-on, elle est inutile. En effet, l'époux donateur qui aliène l'immeuble donné, ou qui le grève de droits réels, révoque la donation dans la mesure des droits conférés aux tiers; donc ceux-ci n'ont aucun intérêt à ce que la donation soit rendue publique, leurs droits étant toujours maintenus. Cela est vrai, mais cela ne prouve pas que la transcription soit inutile. On oublie que les tiers créanciers chirographaires sont également intéressés à la publicité des donations; si elle n'est pas faite, ils pourront saisir les biens donnés entre les mains de l'époux donateur, tandis qu'ils n'ont plus ce droit si la transcription a eu lieu. Cela suffit pour que la transcription doive se faire, car elle est prescrite dans l'intérêt de tous tiers; les créanciers chirographaires peuvent se prévaloir du défaut de transcription, aussi bien que les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. L'article 941 ne laisse guère de doute sur ce point. En est-il de même sous l'empire de notre loi hypothécaire? Nous examinerons la question au titre des *Hypothèques* (3).

320. Il en est de même de l'état estimatif. L'article 948

(1) Duranton, t. IX, p. 779, n° 774, et tous les auteurs.
(2) Rennes, 20 mars 1841 (Dalloz, n° 2393).
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 80, note 5, § 704. Demolombe, t. XXIII, p. 477, n° 446. Dalloz, n° 2396. En sens contraire, Duranton, Grenier, Coin-Delisle, Delvincourt et Zachariæ.

porte que *tout* acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif aura été annexé à la minute de la donation. Cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux et ce caractère de généralité est encore plus évident par la place qu'occupe l'article 948. C'est après avoir dit, dans l'article 947, que la maxime *Donner et retenir ne vaut*, avec ses conséquences, n'est pas applicable aux donations dont il est fait mention aux chapitres VIII et IX, que le législateur ajoute que *tout* acte de donation mobilière doit être accompagné d'un état estimatif. L'article 948 doit donc recevoir son application dans tous les cas où il n'y est pas dérogé, donc aussi aux donations entre époux. On objecte que la dérogation résulte de la nature même de cette donation. Quel est le but de l'article 948? C'est d'assurer l'irrévocabilité de la donation; or, la donation entre époux pendant le mariage est essentiellement révocable. Nous répondons que l'état estimatif aura toujours son utilité; il sera utile dans tous les cas où il importera de connaître exactement la valeur des choses données. C'est ainsi que l'article 868 s'en réfère à l'article 948 pour l'évaluation du mobilier qui doit être rapporté. De même le donateur, quand il révoque, est intéressé à ce que la consistance et la valeur des effets donnés soient exactement déterminées. Il suffit que l'état estimatif ait une utilité pour la donation entre époux pour que l'article 948 reste applicable(1).

321. La transcription et l'état estimatif n'ont plus de raison d'être quand la donation entre époux a pour objet des biens à venir. Cette donation est régie par un droit exceptionnel, comme nous l'avons dit en traitant de l'institution contractuelle (nos 188 et 189). Que l'article 948 soit inapplicable, cela est d'évidence; comment dresserait-on un état estimatif des effets que le donateur laissera à son décès? On ne peut décrire et estimer que les objets mobiliers que le donateur possède au moment de la donation; or, ce ne sont pas là les choses qu'il donne, il donne

(1) Rejet, 16 juillet 1817 (Dalloz, n° 2391). C'est l'opinion de la plupart des auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 284, et note 5, § 743).

les effets qui se trouveront dans sa succession (1). On voit que dans ce cas l'exception résulte de la nature des choses. Nous avons dit, en traitant de l'institution contractuelle, pourquoi cette donation ne doit pas être transcrite; les mêmes motifs s'appliquent à la donation de biens à venir que l'un des époux ferait à son conjoint pendant le mariage.

Il n'y a que la donation des biens présents et à venir qui donne lieu à quelque doute. Comme nous l'avons dit plus haut, la prudence exige que le donataire transcrive l'acte de donation afin qu'il puisse revendiquer, s'il opte pour les biens présents, les biens que le donateur aurait aliénés (n° 260). La question de savoir si, en vue de l'option, il est nécessaire d'annexer un état estimatif à l'acte est controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'institution cumulative (n° 261). Il n'y a, à cet égard, aucune différence entre la donation que des tiers font aux futurs époux et celle que les époux se font entre eux (2).

322. L'article 1097 contient une disposition spéciale en ce qui concerne la forme des donations que les époux se font pendant le mariage; il porte que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. » C'est l'application aux libéralités que les époux se font entre eux de l'article 968 qui prohibe les testaments conjonctifs. La loi les défend à raison de la révocabilité des dispositions testamentaires; elle devait donc étendre la prohibition aux donations entre époux, qui sont également révocables par la seule volonté du donateur. C'est pour prévenir les difficultés et les contestations auxquelles auraient donné lieu les donations conjonctives que le législateur les interdit (3).

323. Les donations conjonctives qui seraient faites malgré la prohibition de l'article 1097 seraient nulles,

(1) Amiens, 2 mai 1807 (Dalloz, n° 2378, 3°). C'est la jurisprudence constante (voyez les arrêts cités par Dalloz, n° 2395).
(2) Comparez Aubry et Rau, p. 284, notes 8 et 9, § 743.
(3) Duranton, t. IX, p. 779, n° 773, et tous les auteurs. Comparez le tome XIII de mes *Principes*, p. 149, n° 143.

mais il importe de déterminer le caractère de la nullité. Il ne s'agit pas d'une question d'incapacité; rien n'empêche les époux de se faire une donation réciproque par des actes séparés. Il a été jugé que ces donations étaient valables, alors même que les actes auraient été passés immédiatement l'un après l'autre. La loi ne le défend pas, donc elle le permet (1). La nullité est uniquement fondée sur l'inobservation d'une forme légale. Il faut néanmoins ajouter que cette forme est prescrite moins dans l'intérêt des parties que dans un intérêt public, puisque la défense a pour objet de prévenir des procès. C'est d'après ce principe qu'il faut décider les difficultés qui s'élèvent dans l'application.

Avant le code civil, les donations conjonctives étaient permises entre époux; il en résulte que celles qui ont été faites avant la publication du code restent valables, puisque la forme des actes est réglée par la loi de l'époque à laquelle l'acte est passé. La cour de Montpellier avait méconnu ce principe en annulant une donation conjonctive antérieure au code, mais ouverte sous l'empire du code. C'était doublement violer la loi en la faisant rétroagir, alors qu'il s'agissait d'une simple forme, et en considérant la capacité comme nécessaire à la mort du donateur, quoique la donation, même celle des biens à venir, n'exige la capacité des parties contractantes que lors du contrat (n° 196). L'arrêt a été cassé sur les conclusions de Merlin (2).

Une donation conjonctive reçue à l'étranger, conformément aux lois du pays, est-elle nulle d'après l'article 1098? La jurisprudence s'est prononcée pour la validité par application du principe *Locus regit actum* (3). Il y a un motif de douter qui nous fait pencher pour l'opinion contraire. L'adage que l'on invoque ne reçoit d'application qu'aux formes dites instrumentaires, qui ont pour

(1) Cassation, 22 juillet 1807, sur le réquisitoire de Merlin (Dalloz, n° 2392).
(2) Cassation, 23 juin 1813 (Dalloz, n° 2458).
(3) Toulouse, 11 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 64). Caen, 22 mai 1850 (Dalloz, 1853, 2, 179).

objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties; or, la prohibition des donations conjonctives est étrangère à la manifestation du consentement des parties contractantes; leur liberté reste entière, puisque immédiatement après avoir signé l'acte, elles peuvent le révoquer. D'un autre côté, la prohibition est fondée sur un intérêt public; or, il n'est jamais permis aux particuliers de déroger aux lois qui concernent l'ordre public. La cour de Toulouse reconnaît que la loi a vu des inconvénients dans les donations conjonctives; mais, dit-elle, l'ordre public n'est pas assez directement intéressé pour que l'on doive prononcer la nullité. Nous croyons que la cour transige avec un principe qui n'admet point de transaction; l'ordre public n'a pas de degrés de plus ou de moins, dès qu'il est en cause, les parties contractantes sont liées et le juge est enchaîné, il doit prononcer la nullité.

De ce que la nullité de l'article 1097 n'est qu'une nullité de forme, la cour de cassation de Belgique a conclu que la donation pouvait être confirmée par les héritiers du donateur, en vertu de l'article 1340 (1), lequel porte que les héritiers qui confirment une donation renoncent par là à opposer soit les vices de forme, soit *toute autre exception*. Quelque généraux que soient ces derniers termes, ils ne peuvent pas comprendre les exceptions qui sont d'ordre public, car on ne renonce pas à ce qui intéresse la société, on ne renonce qu'à ce qui est d'intérêt privé; or, la prohibition de l'article 1097 n'est pas d'intérêt privé; à la rigueur donc le vice qui en résulte ne peut pas être effacé par une confirmation. Nous reviendrons sur le principe au titre des *Obligations*, où est le siége de la matière.

324. Le partage que les époux font conjointement de leurs biens entre leurs enfants contient souvent une libéralité réciproque qu'un époux fait à l'autre. Nous citons quelques clauses sur lesquelles sont intervenus des arrêts de la cour de cassation. Après avoir partagé, à titre de donation entre-vifs, leurs biens présents entre leurs enfants, les époux stipulent que le surplus des biens qui

(1) Rejet, 18 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 190).

existeraient au décès de l'un d'eux serait la propriété absolue et exclusive du survivant. Cette clause constitue une libéralité directe entre époux, et non une simple charge du partage anticipé (1). Dans l'espèce, cela n'était pas douteux. Parfois les parties cherchent à cacher la libéralité pour échapper au droit de mutation. Des époux font le partage anticipé de leurs propres et des biens qui dépendent de leur communauté d'acquêts, en stipulant que les donataires en auraient la propriété à partir de la date de l'acte, mais n'en prendraient la jouissance qu'à partir du jour du décès du donateur. Puis ils expliquent cette clause en disant : « Les donateurs font réserve, chacun pour soi et pendant sa vie, de l'usufruit de la portion lui appartenant dans les immeubles donnés; et, de plus, celui qui survivra à l'autre fait et consent la présente donation sous la condition expresse que ses enfants lui laisseront pendant sa vie et jusqu'à son décès l'usufruit de la part du prémourant dans les biens donnés. » Cet acte contient, outre la donation actuelle en nue propriété faite aux enfants, une libéralité entre époux soumise à l'événement du décès, en tant qu'il attribue au survivant des donateurs l'usufruit de la portion d'immeubles donnée par le prémourant aux enfants communs. A la vérité, les donateurs, au lieu de se réserver l'usufruit des biens pour eux et le survivant d'eux, stipulaient chacun personnellement la réserve de l'usufruit des biens par lui donnés et imposaient aux donataires l'obligation de le laisser jouir pendant sa vie de la part du prémourant. Mais ce n'était là qu'un moyen détourné pour assurer au survivant la jouissance de la totalité des immeubles, par conséquent de ceux du prémourant, aussi bien que des siens propres. Cette combinaison, imaginée pour dissimuler la pensée véritable de l'acte, n'en pouvait changer la nature et les effets; en réalité, la stipulation par laquelle chacun des époux s'est, avec le concours à l'acte et, par conséquent, avec le consentement tacite de l'autre, réservé, en cas de survie, l'usufruit de la part du prémou-

(1) Rejet, 30 mars 1868 (Dalloz, 1869, 1, 106).

rant constituait, dans leur intention commune, une *donation mutuelle* et éventuelle qui ne pouvait être considérée comme une dépendance et une condition de la donation par eux faite aux enfants communs (1).

Les arrêts que nous venons de rapporter ont été rendus en matière d'enregistrement; ils ne décident pas la question de savoir si cette donation mutuelle tombe sous l'application de l'article 1097, mais les motifs donnés par la cour de cassation suffisent pour la trancher. Si la clause de réversibilité de l'usufruit stipulée dans un partage d'ascendant a le caractère d'une libéralité, et non pas celui d'une simple charge du partage, la conséquence est évidente; peu importe sous quelle forme la libéralité se fasse, si elle est mutuelle et si elle constitue une vraie donation, l'article 1097 est applicable. Telle est aussi la jurisprudence de la cour de cassation. Il y a, il est vrai, dans un arrêt rendu par la cour, un considérant qui semble voir dans la clause litigieuse une simple réserve d'usufruit faite en vertu de l'article 949, et valable comme telle (2). Mais la question n'est pas décidée formellement en ce sens par la chambre civile, et la chambre des requêtes a répondu d'avance à l'objection que l'on pouvait puiser dans l'article 949. Sans doute, chacun des époux, usant de la faculté que l'article 949 lui accorde, peut réserver, soit à son profit, soit au profit de son conjoint, l'usufruit des biens qu'il donne à un tiers; mais s'ils veulent se donner réciproquement l'usufruit ainsi réservé, ils ne peuvent le faire que par actes séparés; s'ils le font par un seul et même acte, l'article 1079 doit recevoir son application (3). Cela nous paraît décisif; cependant les cours d'appel sont toujours divisées (4).

Quel sera l'effet de la clause de réversibilité? Si l'on admet que la clause est une donation mutuelle faite pendant le mariage, il faut décider que la clause est nulle.

(1) Cassation, 3 arrêts, 26 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 1, 476).
(2) Cassation, 24 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 1, 73).
(3) Rejet, 26 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 63).
(4) Dans le sens de l'application de l'article 1097, Amiens, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 2, 92). En sens contraire, Poitiers, 10 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 11) et Nîmes, 16 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 332).

Sur ce point, il n'y a pas de doute. Mais on demande si la nullité de la clause entraînera la nullité du partage. La cour d'Amiens s'est prononcée pour cette opinion. Ne serait-ce pas plutôt le cas d'appliquer l'article 900 et de considérer la condition de réversibilité comme non écrite? C'est la doctrine consacrée par la cour de cassation (1).

325. L'article 1097 n'est applicable qu'aux donations mutuelles faites pendant le mariage; il ne reçoit pas d'application aux donations faites par contrat de mariage entre époux; celles-ci sont irrévocables, il n'y a donc pas lieu d'appliquer la prohibition de l'article 1097, puisqu'elle se fonde sur la révocabilité des avantages mutuels que se font les époux. Toutefois la jurisprudence annule les libéralités mutuelles entre époux faites même par contrat de mariage, lorsqu'elles ont pour objet les biens à venir. La cour de cassation a annulé la clause suivante : « Les époux déclarent se faire donation mutuelle, du prémourant au survivant, de tous les biens dont le prémourant décédera propriétaire pour, par le survivant, en disposer comme de chose à lui appartenant. » La donation était faite sous la condition que tout ce dont le survivant décéderait propriétaire serait partagé par moitié entre les héritiers du premier décédé et ceux du survivant. Cette condition était évidemment nulle, puisqu'elle contenait une stipulation sur une succession future prohibée par l'article 1130 et qu'elle tendait à changer l'ordre légal des successions, ce que l'article 1389 défend. Mais la cour ajoute que la clause était aussi en opposition avec l'article 968, qui ne permet pas que deux personnes disposent dans le *même acte* pour le temps où elles ne seront plus (2). Ceci est une erreur, l'article 968 ne parle pas de *tout acte,* il ne parle que du *testament,* et on ne peut certes pas étendre aux dispositions irrévocables d'une donation ce que le code dit des dispositions révocables d'un testament.

La cour d'Agen a rendu une décision analogue dans un cas où, par contrat de mariage, les père et mère, en don-

(1) Amiens, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 2, 92). Rejet, 26 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 63).

(2) Rejet, chambre civile, 10 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 336).

nant au futur un immeuble qu'ils déclaraient être leur propriété commune, se réservaient l'usufruit de cet immeuble avec la clause que le survivant aurait l'usufruit de tout l'immeuble. C'est un don mutuel, dit la cour d'Agen, ce qui n'est pas douteux; mais l'arrêt ajoute que ce don, fait dans un seul et même acte, est prohibé par l'article 1097 (1). Cela n'est pas exact; l'article 1097 dit formellement que la prohibition de disposer par un seul acte l'un au profit de l'autre ne s'applique qu'aux donations que les époux se font *pendant le mariage*, et il est inutile de prouver que l'esprit de la loi est d'accord avec le texte essentiellement restrictif.

§ III. *De la révocabilité.*

N° 1. PRINCIPE.

326. « *Toutes* donations, dit l'article 1097, faites entre époux pendant le mariage seront *toujours* révocables. » Les époux pourraient-ils renoncer à la faculté de révocation? Ils ne le pourraient ni pendant le mariage, après que la donation serait faite, ni par contrat de mariage. Aux termes de l'article 1388, les époux ne peuvent déroger, dans leurs conventions matrimoniales, aux dispositions prohibitives du code civil; or, la disposition de l'article 1088 contient une prohibition virtuelle et, de plus, une prohibition qui touche à l'ordre public, puisqu'elle tend à assurer la liberté des parties contractantes. Quant à la renonciation qui serait postérieure à la donation, ce serait une nouvelle donation qui, étant faite pendant le mariage, serait par cela même révocable (2).

La jurisprudence est en ce sens, et il n'y a pas le moindre doute. Cependant deux cours d'appel ont jugé que la femme pouvait valablement acquiescer à un jugement qui avait rejeté sa demande en révocation d'une donation indirecte ou déguisée faite par elle à son mari

(1) Agen, 21 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 34).
(2) Duranton, t. IX, p. 778, n° 770, et tous les auteurs. Comparez Rennes, 8 mars 1848 (Dalloz, 1849, 2, 103).

pendant le mariage. La cour de Nîmes dit que l'action avait été concertée entre les époux, qu'il s'agissait donc d'un vrai contrat judiciaire que l'acquiescement de la femme n'avait fait que confirmer. C'était une raison de plus pour annuler le tout, car il en résultait que les époux avaient voulu éluder la prohibition de l'article 1097. La cour de cassation cassa l'arrêt par le motif péremptoire que les raisons qui ont dicté la disposition de l'article 1097 impliquent qu'aucun des deux époux ne peut valablement renoncer au droit de révoquer les donations qu'il a faites à l'autre; qu'autrement sa volonté serait de nouveau placée sous l'influence à laquelle la loi a voulu la soustraire (1).

327. Toute donation est révocable, peu importe dans quelle forme elle a été faite. Il a été jugé qu'un don manuel fait entre époux était valable, mais sujet à révocation (2); il est valable parce que la loi ne le prohibe pas; il est sujet à révocation parce que l'article 1096 est général et absolu. De même une donation faite par personne interposée serait révocable (3); nous verrons plus loin si elle est frappée de nullité par l'article 1099. Il faut en dire autant de la donation déguisée, au point de vue de la révocabilité; le seul point qui doive être constaté est de savoir s'il y a libéralité. Il a été jugé qu'il n'y avait pas d'avantage indirect dans un traité par lequel la femme avait pris pour son compte des actions industrielles; le contrat, quoique en définitive désavantageux à la femme, ayant été, dans le principe, une convention aléatoire (4). Mais, par contre, il a été jugé que la déclaration du mari, contenant une augmentation de dot en faveur de sa femme, renfermait une libéralité déguisée et que, par suite, le donateur avait pu la révoquer (5).

328. L'article 1099 dit, dans le deuxième alinéa, que toute donation, ou déguisée ou faite à personnes inter-

(1) Cassation, 22 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 300).
(2) Bordeaux, 4 mars 1835 (Dalloz, n° 1602, 1°).
(3) Paris, 25 août 1852 (Dalloz, 1853, 2, 221).
(4) Grenoble, 11 mars 1851 (Dalloz, 1853, 2, 62).
(5) Nîmes, 25 novembre 1819 (Dalloz, n° 2487).

posées, est nulle; or, l'article 1100 déclare que certaines personnes sont présumées interposées. Ces dispositions s'appliquent-elles aux donations que les époux se font entre eux, soit par personnes interposées, soit sous forme d'un contrat à titre onéreux? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative sans autre motif que le texte de la loi (1). Mais la question est précisément de savoir si le texte de l'article 1099 est général, ou s'il ne s'applique qu'aux donations par lesquelles les époux excèdent le disponible. Or, le premier alinéa prévoit évidemment cette dernière hypothèse; il porte que les époux ne pourront se donner indirectement *au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus;* donc le deuxième alinéa doit être rapporté au même cas. Si l'article 1099 est limité aux articles 1094 et 1098 qui fixent le disponible entre époux, il en doit être de même de l'article 1100 et, par suite, il faut décider que ces deux dispositions sont étrangères à l'article 1096. L'esprit de la loi conduit à la même conclusion. La loi se montre très-sévère quand les époux cherchent à éluder les limites du disponible, mais cette sévérité serait déplacée dans le cas de l'article 1096; il suffit de prouver qu'une donation a été faite entre époux, pour que le donateur puisse la révoquer; cela garantit ses droits; il est vrai qu'il ne peut pas se prévaloir des présomptions établies par l'article 1100; mais il sera admis à prouver l'interposition, de même que le déguisement, par toute espèce de preuve, même les témoignages et les présomptions de l'homme. La question est controversée, les auteurs sont partagés ainsi que la jurisprudence (2). On peut objecter à l'opinion que nous venons de proposer que la révocabilité est d'ordre public et que partant tout acte qui tend à rendre irrévocable une donation entre époux doit être déclaré nul; ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (3).

(1) Cassation, 11 novembre 1834 (Dalloz, n° 946). Paris, 14 août 1835 (Dalloz, *ibid.*).

(2) Dans le sens de notre opinion, Toullier, t. V, 2, n° 41. Duvergier, *De la vente*, n° 183. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 286, et note 1, § 744. Troplong, n° 2741, et Demolombe, t. XXIII, nos 451 et 606.

(3) Rejet, 16 août 1850 (Dalloz, 1850, 1, 152).

N'est-ce pas dépasser la sévérité de la loi? Tout ce qui résulte de l'article 6 qui défend de déroger aux lois d'ordre public, c'est que les époux ne pourraient pas déclarer irrévocables une libéralité que la loi déclare révocable, ce qui revient à dire que la donation reste révocable, malgré toutes les conventions contraires des époux. Cela suffit pour garantir le principe de la révocabilité; aller plus loin, c'est ajouter à la loi. La cour de cassation elle-même s'est écartée de cette rigueur en jugeant que la donation faite par personne interposée était valable quand elle n'excédait pas le disponible. Il n'y a pas de fraude à la loi, dit la cour; mais n'a-t-elle pas décidé qu'il y avait fraude à l'irrévocabilité par cela seul que le donateur fait une donation cachée? Mieux vaut donc écarter l'article 1099, parce que le but de cette disposition n'est pas de garantir le principe de la révocabilité.

329. Les donations faites entre époux étant révocables par la seule volonté du donateur, on ne peut pas leur appliquer la maxime que donner et retenir ne vaut. Cela résulte d'ailleurs de l'article 947 qui dispose que les articles 943-946, relatifs à l'irrévocabilité des donations, ne reçoivent pas leur application aux donations dont il est fait mention au chapitre IX. Les donations faites entre époux pendant le mariage jouissent, sous ce rapport, de la même faveur que celles qui leur sont faites et celles qu'ils se font par contrat de mariage. Toutefois, par exception au droit commun, elles ne sont pas révoquées pour survenance d'enfant (art. 960 et 1096); nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point au chapitre des *Donations*.

N° 2. DE LA RÉVOCATION.

330. L'article 1099 dit que le donateur peut *toujours* révoquer la donation qu'il a faite à son conjoint. Cela implique qu'il le peut même après la mort du donataire. En effet, la mort du donataire est indifférente; il ne s'agit pas de résoudre le contrat par le consentement des parties contractantes; la révocation est un acte purement unilatéral, et l'esprit de la loi concourt avec le texte pour

laisser au donateur une entière liberté quant à l'époque à laquelle il veut révoquer. C'est l'opinion de tous les auteurs. Nous ne connaissons pas d'arrêt qui ait décidé la question. M. Delangle, dont l'opinion vaut un arrêt, l'a résolue comme nous venons de le faire, dans un réquisitoire qu'il a prononcé comme avocat général à la cour de cassation (1).

331. La révocation peut être expresse ou tacite. Sur ce point, il n'y a aucun doute, c'est l'application du droit commun, auquel la loi ne déroge pas; elle se contente de poser le principe de la révocabilité. La révocation est une manifestation de volonté, et la volonté peut être exprimée par paroles ou par des faits; la révocation peut donc être expresse ou tacite. Dans quelle forme doit se faire la révocation expresse? On a prétendu qu'il fallait appliquer l'article 1035, d'après lequel les testaments ne peuvent être révoqués que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires portant déclaration de changement de volonté. Grenier dit que cela est *indispensable;* Duranton ajoute que les rédacteurs du code n'ayant établi aucunes règles spéciales sur les manières dont l'époux donateur pourrait révoquer les donations par lui faites à son conjoint, il est à croire qu'ils ont entendu s'en référer à celles qu'ils avaient déjà consacrées pour la révocation des dispositions testamentaires (2). C'est très-mal raisonner; il y a des principes généraux qui s'appliquent à tous les cas, sauf dérogation; dans le silence de la loi, il faut recourir à ces principes. Or, l'article 1035 établit des règles spéciales aux testaments, règles qui ont leur raison d'être, mais qui n'ont rien de commun avec les donations. Celles-ci restent sous l'empire des principes généraux, et d'après ces principes, la manifestation de volonté n'est soumise à aucune forme solennelle; elle peut donc se faire par acte sous seing privé. En France, une loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés a consacré l'opinion professée par Grenier (3).

(1) Dalloz, 1845, 1, 274.
(2) Grenier, t. III, p. 468, n° 464; Duranton, t. IX, p. 791, n° 779.
(3) Toullier, t. III, 1, p. 499, n° 923. Aubry et Rau, t. VI, p. 293 et suiv.

La donation entre époux, quoique révocable, n'est pas un testament. De là suit que si l'époux donateur fait un testament par lequel il déclare révoquer tout testament antérieur, cette clause ne révoquera pas la donation (1). Il s'est cependant présenté un cas dans lequel la révocation d'un testament a atteint la donation entre époux. Après avoir testé au profit de son mari, une femme lui fait donation entre-vifs de ses biens; la donation ne faisait que confirmer le testament. Un testament postérieur révoqua tout testament antérieur. Il a été jugé que la clause révocatoire s'appliquait aussi à la donation, parce qu'elle ne faisait que reproduire le testament révoqué. Les dispositions mêmes du dernier testament prouvaient que la testatrice avait l'intention de révoquer la donation, car dans celle-ci elle donnait la propriété à son mari, tandis que par le testament elle ne lui léguait que l'usufruit. Enfin les circonstances de la cause confirmaient cette interprétation. La cour de cassation la maintint comme décision de fait; cela est conforme aux principes qui régissent la révocation, puisque la révocation est une question d'intention (2).

332. La révocation de la donation peut être tacite. Il y a révocation tacite lorsque le donateur manifeste par des faits la volonté de révoquer la donation; ces faits ne doivent laisser aucun doute sur son intention. La loi ne définit pas plus la révocation tacite que la révocation expresse. Ici l'on peut appliquer, par analogie, ce que la loi dit de la révocation tacite des testaments; dans l'un et l'autre cas, il s'agit de révoquer une libéralité; et dans les deux cas, la volonté de révoquer s'exprime par des faits. Ainsi une donation ou un testament postérieurs peuvent révoquer la donation, quoique le donateur n'y dise pas qu'il la révoque. L'article 1036 porte qu'il n'y aura de révoquées que celles des dispositions anciennes qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles ou qui

(1) Rejet, 17 juillet 1837 (Dalloz, nº 2413).
(2) Rejet, chambre civile, 8 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 354). Comparez une décision analogue de la cour de Douai du 15 juillet 1851 (Dalloz, 1854, 2, 76).

y sont contraires. Quand y a-t-il incompatibilité? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Testaments*. Voici quelques applications empruntées à la jurisprudence.

Un mari fait donation à sa femme de toute la portion de ses biens qui sera disponible à son décès. Plus tard, il entretient une liaison coupable avec une demoiselle, et de ce commerce adultérin naît un enfant. Alors il fait un testament par lequel il lègue à sa concubine l'usufruit et à son enfant la nue propriété d'une somme de 40,000 fr. La donation, qui donnait tout le disponible ne pouvait coexister avec le testament postérieur qui léguait 40,000 fr. sur le disponible; il en résultait que la donation était révoquée ou diminuée jusqu'à concurrence de cette somme (1).

On voit que la révocation ne se fait pas toujours dans l'esprit de la loi; on peut même dire que régulièrement elle se fait parce que la volonté du donateur change. Dans l'espèce, ce changement de volonté était coupable, et néanmoins les juges ont dû le sanctionner. Souvent la révocation a lieu dans l'intérêt des enfants qui surviennent au donateur. Après avoir donné à sa femme, le mari fait une donation à ses deux fils; il révoque par là sa première libéralité dans la mesure des donations nouvelles; il a été jugé que la femme ne pouvait recueillir que ce qui resterait du disponible après le prélèvement des donations faites en faveur du fils (2).

La révocation peut être totale. Une femme, après avoir donné tous ses biens à son mari, donne ensuite, avec l'autorisation de son mari, dans le contrat de mariage d'une de ses nièces, une somme fixe par préciput. Il a été jugé que cette donation révoquait la première pour la totalité; en effet, le préciput implique le concours des héritiers légitimes, puisqu'il a pour but de dispenser le préciputaire du rapport; ce qui exclut le donataire primitif, à l'égard duquel il ne pouvait être question de rapporter la libéralité. Les faits de la cause prouvaient d'ailleurs que

(1) Paris, 17 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 269).
(2) Montpellier, 27 mars 1835 (Dalloz, n° 2414, 3°).

la révocation avait eu lieu avec le consentement du mari, ce qui ne laissait aucun doute sur son effet (1).

333. Une seconde libéralité ne révoque pas nécessairement la première. C'est une question de volonté. La volonté n'est guère douteuse quand, après avoir donné tout son disponible, l'époux donne ou lègue le disponible en tout ou en partie à une autre personne; mais quand les libéralités se font à titre particulier, elles peuvent dépasser le disponible sans que la dernière révoque la plus ancienne. Le mari fait donation d'une somme d'argent à sa femme; puis il fait une libéralité par préciput à un enfant issu d'un premier lit. Les deux donations réunies excédaient le disponible; on en prétendait induire que la seconde révoquait la première. Pour qu'il en fût ainsi, dit la cour de Toulouse, il faudrait qu'il fût constaté qu'à l'époque de la dernière libéralité le donateur savait qu'il allait excéder son disponible; dans ce cas, la libéralité révocable eût été annulée en partie par la libéralité irrévocable. Mais si le donateur ne le savait pas, on ne peut plus lui supposer l'intention de révoquer (2).

On applique aussi, par analogie, à la révocation des donations la disposition de l'article 1038, aux termes duquel toute aliénation que fait le disposant de tout ou partie de la chose léguée, emporte la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure serait nulle. Il a été jugé que l'acte par lequel le donateur ratifie la vente qu'un tiers aurait faite de l'objet donné emporte la révocation de la donation; car la ratification équivaut à la donation (3). Peu importe que la seconde libéralité soit nulle : la femme donne, par institution contractuelle, des biens dotaux : l'institution est nulle, elle n'en manifeste pas moins la volonté de révoquer la première libéralité faite au mari (4).

Ce que nous disons de l'aliénation s'applique aussi à

(1) Lyon, 25 mai 1827, et Rejet, 9 juin 1830 (Dalloz, n° 2414, 2°).
(2) Toulouse, 21 mai 1819 (Dalloz, n° 938). Comparez cassation, 16 juin 1857 (Dalloz, 1857, 1, 284).
(3) Metz, 14 février 1812 (Dalloz, n° 2416).
(4) Montpellier, 24 janvier 1825 (Dalloz, n° 2417).

une concession de droits réels qui démembrerait la chose donnée : il y aurait révocation partielle. Faut-il appliquer ce principe à l'hypothèque? Non, car l'hypothèque n'est qu'une garantie de la créance; or, les dettes que contracte le donateur n'emportent pas révocation de la donation, pas plus qu'elles ne révoquent un testament. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1020 au chapitre des *Legs*. A plus forte raison n'y a-t-il pas révocation de la donation lorsque le donataire qui avait hypothéqué un immeuble pour sûreté de la donationconcède ensuite à un tiers une hypothèque sur ce même immeuble (1). Il n'y a dans ce fait aucune intention de révoquer, donc il n'y a pas de révocation.

334. Qui peut révoquer? Le donateur, et le donateur seul. Ce droit ne passe pas aux héritiers du donateur; la donation devient irrévocable si le donateur meurt sans avoir révoqué. Quant aux créanciers du donateur, ils sont exclus par le texte même de l'article 1166 qui leur donne le droit d'agir au nom de leur débiteur; la loi ne leur permet pas d'exercer les droits qui sont exclusivement attachés à la personne, et tel est certes le droit de révoquer une donation, puisque la loi l'accorde dans la supposition que l'époux n'a pas donné en pleine liberté; or, l'époux seul peut savoir si sa libéralité est viciée ou si elle ne l'est pas. Quant au changement de volonté, qui d'ordinaire est la cause de la révocation, les créanciers sont sans droit aucun. C'est l'opinion de tous les auteurs, et la jurisprudence est d'accord (2).

L'article 1096 décide que la révocation pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ni par justice. On ne pouvait exiger l'intervention du mari alors que la révocation est dirigée contre le mari. D'ailleurs la femme doit jouir d'une entière et absolue liberté, ce qui exclut toute autorisation, celle de justice aussi bien que celle du mari; l'éclat d'une autorisation judiciaire aurait empêché la femme de révoquer. Elle doit avoir le

(1) Limoges, 1er février 1840 (Dalloz, n° 2405). Rejet, 10 avril 1838 (Dalloz, n° 2398, 1°).
(2) Limoges, 1er février 1840 (Dalloz, n° 2423).

droit de révoquer en secret, sinon le plus souvent elle ne le fera pas.

335. Quel est l'effet de la révocation? La question est de savoir si elle rétroagit, de sorte que le donataire est censé n'avoir jamais été propriétaire de la chose donnée. Il faut décider, sans hésiter, que la révocation rétroagit. C'est le droit commun, comme nous l'avons dit ailleurs (1). Les cas où la propriété est révoquée sans rétroactivité sont des exceptions; la loi ne fait pas exception, dans l'espèce; donc la règle reste applicable. Tel est aussi l'esprit de la loi : elle autorise la révocation parce qu'elle suppose que la volonté du donateur n'a pas été libre. La donation est donc viciée dans son essence, par suite elle doit être considérée comme non avenue. Il en résulte que les droits concédés par le donataire sur la chose donnée tomberont. Les tiers ne peuvent se plaindre, car la transcription leur a appris que la donation était faite pendant le mariage, donc qu'elle était révocable. C'est l'opinion de tous les auteurs.

§ IV. *Effets de la donation.*

336. La donation entre époux est une donation entre-vifs; elle produit donc tous les effets que la loi attache à la donation, sauf que la libéralité est révocable. Ce principe découle du texte de la loi; elle qualifie ces libéralités de donations, or, le code ne connaît pas d'autres donations que les donations entre-vifs. L'exception qu'il consacre quant à la révocabilité ne détruit pas la règle. Duranton admet le principe pour la donation de biens présents, il le rejette pour la donation de biens à venir. C'est introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas et qui, du reste, n'est fondée sur rien. On prétend qu'une donation de biens à venir a le caractère et les effets d'un testament. Nous répondons que la donation entre époux est un contrat, alors même qu'elle a pour objet des biens à venir. Qu'importe qu'elle soit révocable? La donation de

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 139, n° 104 et suivants.

biens présents l'est aussi. Qu'importe qu'elle ne se réalise qu'à la mort de l'époux du donateur? Il en est ainsi dans toute institution contractuelle. L'époux donataire peut être dépouillé de son titre par la volonté du donateur. Soit. Cela empêche-t-il qu'il ait un titre et que ce titre soit un contrat? Nous croyons inutile d'insister (1).

337. Puisque la donation entre époux est une donation, il en faut conclure que le mineur ne peut pas faire une donation à son conjoint pendant le mariage. Les textes ne laissent aucun doute : l'article 903 déclare le mineur âgé de moins de seize ans incapable de disposer soit par testament, soit par donation, et l'article 904 ne lui permet que de donner par testament lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans. Vainement objecte-t-on que la donation étant révocable, comme le testament, il n'y a plus de motifs de défendre au mineur de donner à son conjoint. Quoique révocable, la donation est un contrat, et le mineur est incapable de contracter. C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Delvincourt et de Vazeille (2).

Par application du même principe, il faut décider que les personnes placées sous conseil judiciaire ne peuvent pas faire de donation à leurs conjoints, car la loi les déclare incapables d'aliéner, donc de donner. Cela est si évident que l'on ne peut tenir aucun compte du dissentiment de Merlin (3). Le texte l'emporte sur toute autorité (art. 499, 563).

Il suit du même principe que la femme mariée sous le régime dotal ne peut donner ses biens dotaux à son mari. Ce point est cependant plus controversé, nous n'y voyons pas le moindre doute. La femme donne, donc elle aliène et elle ne peut pas aliéner. Vainement dit-on que la donation est révocable. Eh! qu'importe? Ce n'en est pas moins une donation, donc une aliénation. En droit, cela ne de-

(1) Duranton, t. IX, p. 788, n° 778. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 287, note 7.
(2) Aubry et Rau (t. VI, p. 288, note 8, § 744) et Demolombe (t. XXIII, p. 489, n° 462), et les autorités qu'ils citent.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Don mutuel*, § II, n° 11.

vrait pas se discuter; en fait, cela est très-rationnel : on révoque difficilement une donation qui est consommée, qui a fait acquérir des droits à des tiers; il faut donc prémunir la femme contre sa faiblesse. Tel est bien le but de l'inaliénabilité du fonds dotal; c'est donc aller contre l'esprit de la loi que de permettre à la femme de consentir aux aliénations qu'elle a, il est vrai, le droit de révoquer, mais que, le plus souvent, elle ne révoquera point. Nous croyons inutile de combattre l'opinion contraire de Troplong, dont la doctrine en cette matière est un tissu de contradictions (1).

Enfin, le même principe conduit encore à la conséquence que la capacité des parties contractantes doit exister au moment où la donation se parfait, sans que l'incapacité qui surviendra altère la donation. Les contradictions qu'éprouve cette doctrine tiennent à l'incertitude qui règne sur le caractère de la donation faite entre époux. Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, ils ne diraient pas qu'un acte que la loi qualifie de donation est un testament, comme le fait Troplong : le caractère testamentaire, dit-il, domine ici trop énergiquement pour qu'on puisse ne pas exiger la capacité du donataire, au moment où s'opère l'acquisition par la mort du donateur. Nous répondrons avec M. Colmet de Santerre que ce n'est pas à la mort du donateur que la donation prend naissance; elle existe et se parfait par le consentement des parties, comme tout contrat. Est-ce qu'un contrat change de nature et faudra-t-il exiger la capacité à une autre époque, parce qu'il est fait sous condition résolutoire? On ne saurait pas plus exiger la capacité du donataire au moment où la donation devient irrévocable par la mort du donateur qu'on ne peut l'exiger lors de la défaillance de toute autre condition résolutoire (2).

338. La donation est un des modes de transmettre et

(1) Voyez la réfutation dans Demolombe, t. XXIII, p. 492, n° 464.

(2) Demante, t. IV, p. 536, n° 276 *bis* IV. Demolombe, t. XXIII, p. 494, n° 465. En sens contraire, Troplong, t. II, p. 463, n° 2650; Aubry et Rau, t. VI, p. 289 et note 11.

d'acquérir la propriété (art. 711); les libéralités entre mari et femme étant des donations, la conséquence est évidente : elles transfèrent la propriété au donataire dès l'instant où la donation est parfaite. Lorsque la donation a pour objet des biens présents, le donataire en devient immédiatement propriétaire. Vainement objecte-t-on qu'elles sont révocables; la cour de cassation répond que le droit de révocation rend résoluble la donation entre-vifs qu'un époux fait à son conjoint, mais n'empêche pas que la propriété repose sur la tête du donataire, tant qu'il n'y a pas changement de volonté du donateur légalement manifesté (1). La révocabilité implique une condition résolutoire et non une condition suspensive; or, la condition résolutoire n'empêche pas la transmission immédiate de la propriété, sauf la résolution quand la condition s'accomplit. C'est la remarque de la cour de cassation (2) et elle est décisive.

En est-il de même de la donation qui aurait pour objet les biens à venir? Ici nous rencontrons de nouveau la contradiction de ceux qui considèrent cette donation comme un legs ou une donation à cause de mort. Le tribunal de la Seine, par un jugement très-bien motivé, a mis cette théorie à néant; la cour d'appel et la cour de cassation lui ont donné l'appui de leur autorité, et, ce qui vaut mieux, il a pour lui l'autorité des principes qui ne laissent aucun doute. Il n'y a, dit la cour de cassation, que deux manières de disposer à titre gratuit de ses biens, le testament et la donation. Il faut donc que la donation faite entre époux durant le mariage soit un testament ou une donation entre-vifs; ce n'est pas un testament, puisqu'il y a concours de consentement; donc c'est un contrat, et tout contrat ne transmet-il pas la propriété dès sa perfection? Dans l'espèce, c'est le titre d'héritier qui fait l'objet du contrat, donc le donataire l'acquiert dès l'instant de la donation; il peut lui être retiré, mais il le

(1) Rejet, 10 août 1838 (Dalloz, nº 2398, 1º). Cassation, 18 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 275).
(2) Cassation, 31 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 288).

conserve, à défaut de révocation, parce qu'il lui est assuré par un contrat (1).

La cour en conclut que le donataire n'est pas tenu de demander la délivrance et qu'il gagne les fruits dès l'ouverture de l'hérédité. Nous renvoyons, sur ces points, à ce qui a été dit plus haut (nos 237-239).

339. La donation entre époux devient-elle caduque par le prédécès du donataire? Il faut distinguer. Si elle a pour objet des biens à venir ou des biens présents; dans le premier cas, elle tombe par le prédécès de l'époux donataire : c'est le droit commun en cette matière (article 1089); or, les donations entre mari et femme restent sous l'empire du droit commun, sauf en ce qui concerne la révocabilité. Par identité de raison, il faut décider que la donation de biens présents ne devient pas caduque par le prédécès du donataire, car tel est le droit commun pour les donations entre-vifs. Cependant la question est très-controversée. La plupart des auteurs se prononcent pour la caducité, tandis que la jurisprudence consacre l'opinion contraire.

L'arrêt de la cour de cassation de 1845, rendu sur les conclusions contraires de Delangle, résume parfaitement le débat. La cour commence par établir un principe qui ne saurait être contesté : la donation entre-vifs forme un contrat, et tout contrat ne peut être révoqué ou annulé que pour les causes que la loi autorise. Ce sont les termes de l'article 1134. Or, aucun article du code ne déclare caduque la donation entre-vifs faite pendant le mariage par l'un des époux à son conjoint, dans le cas de prédécès de l'époux donataire. Le silence de la loi décide de la question; il est d'autant plus significatif que les auteurs du code venaient de décider que les donations faites à l'un des époux par contrat de mariage deviennent caduques quand le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. Si l'intention du législateur avait été de déclarer caduques les donations entre époux lorsque le donataire

(1) Rejet, 5 avril 1836 (Dalloz, n° 2400). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 289 et note 12. Demolombe, t. XXIII, p. 488, n° 461.

prédécède, il l'aurait dit, comme il le dit dans l'article 1089, et il aurait dû le dire parce que c'eût été une dérogation aux principes élémentaires qui régissent les donations entre-vifs.

On prétend que le code y déroge implicitement en déclarant les donations révocables. La caducité, dit Delangle avec Grenier, est une conséquence nécessaire de la révocabilité ; il en était ainsi en droit romain et dans les pays de droit écrit, et il en doit être de même sous l'empire du code qui reproduit, en cette matière, la tradition romaine. Nous répondons que le principe que l'on invoque est démenti par le texte du code; l'institution contractuelle confère au donataire un droit irrévocable (art. 1083), et cependant elle est caduque par le prédécès du donataire; donc il n'est pas vrai de dire que la caducité est une conséquence nécessaire de la révocabilité. Qu'importe après cela que des donations révocables, telles que les donations de l'article 1086, soient caduques par le prédécès du donataire? Si le législateur l'a décidé ainsi (art. 1089), c'est par dérogation à l'ancien droit; il a fallu une disposition formelle pour que ces donations fussent caduques par le prédécès du donataire. Or, il n'y a pas de disposition pareille pour les donations entre conjoints; donc elles restént sous l'empire des principes généraux. L'objection et la réponse nous ramènent au texte; il ne déclare pas caduques les donations entre mari et femme, donc elles ne le sont pas (1).

340. Les époux ne peuvent se faire des libéralités que dans les limites du disponible fixé par la loi. Nous allons dire quel est ce disponible. Si les époux le dépassent, il y a lieu à réduction. C'est le droit commun. On demande comment se fait la réduction des donations qui ont eu lieu pendant le mariage? Si l'on adopte les principes que nous venons d'exposer, il n'y a pas de doute; les libéralités que les époux se font sont des donations; il faut donc appliquer l'article 923. Cela est généralement

(1) Cassation, 18 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 273), et les autorités citées en note. Comparez Dalloz, n° 2404. Il faut ajouter Demolombe, t. XXIII, p. 499, n° 469, et un arrêt de Toulouse. 26 février 1861 (Dalloz, 1861, 2, 58).

admis pour les donations de biens présents; elles saisissent le donataire des biens donnés dès l'instant du contrat; qu'importe qu'elles soient révocables? S'il y a lieu de les réduire, c'est que le donateur ne les a pas révoquées; dès lors elles ont effet, non à partir de la mort du donateur, mais à partir de la perfection du contrat. On est donc dans le texte et dans l'esprit de l'article 923, aux termes duquel les donations ne sont réduites qu'après les legs et lorsqu'il y a lieu à la réduction des donations, elle se fait en commençant par la dernière et en remontant de celle-ci aux plus anciennes (1).

Quand la donation entre époux porte sur les biens à venir, la question de savoir comment se fait la réduction est très-controversée. Nous comprenons que ceux qui assimilent ces donations à des dispositions testamentaires enseignent qu'elles n'ont d'effet qu'à la mort du donateur, qu'elles doivent, par conséquent, être réduites à cette époque, concurremment avec les legs, et avant la donation de biens présents. Cela est logique. Mais si l'on admet que la donation, quoique ayant pour objet des biens à venir, est un contrat qui saisit le donataire du titre d'héritier à partir de sa perfection, il faut être logique et décider sans hésiter qu'elle est réductible d'après les règles établies par l'article 923. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur la réduction des donations faites par contrat de mariage (n° 297); la révocabilité des dons entre époux ne change rien à ces principes. Tout ce qui en résulte, c'est qu'une donation entre mari et femme pourra être révoquée par une libéralité postérieure; s'il y a révocation, la donation tombe, il ne s'agit plus de la réduire. Il ne faut donc pas confondre la révocation avec la réduction. Pour qu'il puisse être question de réduire une libéralité, il faut qu'elle subsiste au moment où l'on règle les droits des donataires et des réservataires. Si la libéralité est révoquée, elle est anéantie comme si elle n'avait jamais été faite (2).

(1) Troplong, t. II, p. 466, n° 2658. Aubry et Rau, t. VI, p. 290 et note 16.

(2) Demolombe, t. XXIII, p. 497, n° 467. Dalloz, n° 2409. En sens con-

SECTION III. De la quotité disponible entre époux (1).

341. Le code établit un disponible spécial entre époux. Quand il n'y a pas d'enfants d'un précédent mariage, la quotité dont un époux peut disposer au profit de son conjoint est généralement plus élevée que celle qu'on peut donner à d'autres personnes; tandis qu'elle est moindre quand l'epoux donateur a des enfants d'un premier lit. Nous laissons, pour le moment, cette seconde hypothèse de côté, elle n'a pas donné lieu à des difficultés sérieuses. Il n'en est pas de même de la première; les questions qu'elle a provoquées divisent toujours les auteurs et la jurisprudence. A notre avis, il y a lacune dans la loi, et il est impossible aux interprètes de la combler, parce qu'il ne s'agit pas de principes, mais de dispositions arbitraires que le législateur seul a le pouvoir de régler.

Quelle est la quotité de biens dont une personne peut disposer quand elle laisse des ascendants ou des descendants? Le code civil établit deux quotités disponibles, l'une de droit commun, l'autre exceptionnelle. Nous avons dit quel est le disponible ordinaire (art. 913 et 915); il est basé sur le nombre des héritiers auxquels la loi accorde une réserve. Y a-t-il des ascendants dans une ligne, le disponible est des trois quarts; il est de la moitié des biens, quand le défunt laisse des ascendants dans les deux lignes. Lorsque le défunt laisse des descendants, il peut disposer de la moitié, du tiers ou du quart des biens selon qu'il y a un, deux, trois enfants ou un plus grand nombre. Le disponible ordinaire est donc fixé à raison de la qualité et du nombre des réservataires.

Le disponible entre époux diffère du disponible ordinaire quant à la quotité et quant aux bases sur lesquelles il repose. Lorsque l'époux laisse des ascendants, il peut donner à son conjoint le disponible ordinaire, plus l'usu-

traire, Duranton, t. VIII, p. 381, n° 357; Aubry et Rau, t. VI, p 290 et note 17.

(1) Benech, *De la quotité disponible entre époux*. Toulouse, 1841, 1 vol. in-8°.

fruit des biens réservés aux ascendants. On voit déjà que le disponible exceptionnel de l'article 1094 est un disponible de faveur; en l'établissant, le législateur a considéré uniquement la situation de l'époux donataire, il y subordonne les droits des réservataires, à ce point que la réserve des ascendants devient un droit dérisoire. Si l'époux donateur laisse des descendants, le disponible exceptionnel est fixe, il ne varie pas comme le disponible ordinaire d'après le nombre des enfants. Le donateur veut-il disposer en propriété, il peut donner à son conjoint un quart en propriété et, en outre, un quart en usufruit; veut-il disposer en usufruit, il ne peut donner à son conjoint que l'usufruit de la moitié de ses biens. C'est encore une loi de faveur, en ce sens que le législateur ne tient compte que de la position du conjoint survivant, sans se préoccuper des réservataires et de leur nombre. Quel est le but de la loi établissant un disponible fixe au profit du conjoint et en réglant ce disponible de manière que l'époux donataire puisse avoir la jouissance de la moitié des biens que laisse le donateur? Le but est de permettre à l'époux prémourant d'assurer à son conjoint un état de fortune tel, qu'il puisse continuer l'existence aisée ou riche qu'il avait de son vivant. Les auteurs du code, en réglant la succession *ab intestat*, ont méconnu le droit que le conjoint survivant a sur les biens délaissés par le défunt; ils l'ont relégué au dernier rang des successeurs irréguliers, alors qu'il fallait lui donner la première place parmi les héritiers légitimes. On dirait qu'en fixant le disponible entre époux, ils ont voulu réparer cet oubli injuste; les époux peuvent par leurs libéralités corriger le vice de la loi. A notre avis, mieux eût valu accorder au survivant l'usufruit légal de la moitié des biens, comme le faisaient nos coutumes. Toujours est-il que la pensée du législateur est la même; seulement il faut une donation ou un testament pour que l'époux survivant conserve une jouissance égale à celle qu'il avait du vivant de son conjoint.

342. Jusqu'ici tout est simple, et si l'époux, comme la loi le suppose, ne veut faire de dispositions qu'en faveur

de son conjoint, il n'y a aucune difficulté, de même qu'il n'y en a aucune quand il ne fait pas de libéralité à son conjoint; dans la première hypothèse, il peut donner le disponible exceptionnel de l'article 1094; dans la seconde, il peut donner le disponible ordinaire des articles 913 et 915. Mais quel sera le disponible si l'époux veut tout ensemble gratifier son conjoint et son enfant ou un parent ou un étranger? La loi n'a pas prévu cette hypothèse; de là des difficultés insolubles; nous les déclarons insolubles, parce que le législateur ne les a pas prévues et lui seul avait qualité pour les résoudre. Les principes de droit ne suffisent point, car les interprètes ont dû créer les principes; de là un désaccord inévitable. Nous allons exposer l'état de la jurisprudence et les incertitudes des auteurs; les objections que nous ferons sont des doutes, plutôt qu'une doctrine. Nous déclarons d'avance que toute doctrine est impossible, la quotité disponible est une matière arbitraire que le législateur règle comme il l'entend, et que par conséquent lui seul a le pouvoir de régler.

ARTICLE Ier. Du disponible quand l'époux ne laisse pas d'enfants d'un premier lit.

§ Ier *Du disponible quand l'époux laisse des ascendants.*

343. Aux termes de l'article 1094, l'époux qui ne laisse pas d'enfants peut disposer en faveur de son conjoint, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au profit des héritiers. Quels sont ces héritiers? Il n'y a pas d'autres héritiers à réserve que les ascendants et les descendants. L'article 1094 veut donc dire que l'époux qui a des ascendants peut donner à son conjoint, en propriété, la moitié ou les trois quarts de ses biens, selon qu'il y a des ascendants dans les deux lignes ou dans une ligne seulement, et, en outre, l'usufruit de la moitié ou du quart qui forment la réserve des ascendants. Pourquoi la loi ne le dit-elle pas comme nous venons de le dire en termes clairs et

nets? Cela tient aux changements qu'a éprouvés le projet primitif formulé par la section de législation. Nous croyons inutile de reproduire ces détails qui se trouvent dans tous les auteurs ; ils sont inutiles pour l'interprétation du texte (1).

344. Le disponible établi par l'article 1094 sacrifie les droits des réservataires à l'intérêt des conjoints. Il en résulte, en effet, que les ascendants peuvent être réduits à la nue propriété de leur réserve; ils n'auront donc presque jamais la jouissance des biens, car l'usufruit appartient à leurs enfants plus jeunes qu'eux d'une génération. Disposition dérisoire, dit Maleville ; et quand on se place au point de vue des ascendants, il n'a pas tort. Jaubert, le rapporteur de la section de législation du Tribunat, a prévu l'objection et il a essayé d'y répondre : « Paraîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la réserve? C'est, en quelque sorte, ne laisser la réserve que pour leurs héritiers, mais c'est la *faveur du mariage*. Pourquoi la mort d'un époux changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont ouverts que par l'interversion du cours de la nature? » On peut répondre, et la réponse nous paraît péremptoire, que le législateur exagère la faveur du mariage ; tout ce que le conjoint survivant peut demander, c'est que sa position ne soit pas diminuée; or, le disponible ordinaire suffit pour lui conserver la propriété et la jouissance de la moitié au moins des biens de l'époux prédécédé; il était donc inutile d'altérer la réserve des ascendants au point de la rendre illusoire. C'est l'opinion de la plupart des auteurs (2).

345. Quand l'époux est mineur, son droit de disposer est limité par l'article 904 : il ne peut disposer à titre gratuit, tant qu'il n'est pas parvenu à l'âge de seize ans. Lorsqu'il a atteint cet âge, il ne peut disposer que par testament et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Cette

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 525, n° 494.
(2) Voyez Dalloz, n° 802, et Demolombe, t. XXIII, p. 526, n° 495

incapacité du mineur reçoit exception quand il se marie; il peut, dans ce cas, disposer par contrat de mariage au profit de son conjoint avec la même latitude que s'il était majeur, pourvu qu'il le fasse avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (art. 1095 et 1398). Nous reviendrons sur ce dernier point au titre du *Contrat de mariage*, où est le siége de la matière. L'époux mineur n'est relevé de son incapacité que pour les dispositions qui font partie de ses conventions matrimoniales. Pendant le mariage, il reste ou il redevient incapable, il ne peut donc pas faire de donation à son conjoint; il ne peut disposer en sa faveur que par testament, mais seulement dans les limites établies par l'article 904, il ne peut donc, s'il laisse des ascendants, donner à son conjoint en propriété que la moitié de ce que l'époux majeur peut donner, c'est-à-dire un quart, s'il y a des ascendants dans les deux lignes, et trois huitièmes, s'il n'y a des ascendants que dans une ligne. En usufruit, il ne peut donner à son conjoint que l'usufruit de la moitié des biens réservés aux ascendants, donc l'usufruit du quart ou du huitième des biens. Il résulte de là une singulière anomalie : le mineur peut enlever à ses ascendants l'usufruit de la moitié de leur réserve, tandis qu'il ne pourrait pas priver ses frères et sœurs de la jouissance des biens qu'ils recueilleront dans son hérédité, et dont, à raison de son âge, il n'a pas pu disposer. Vainement a-t-on objecté que ce résultat choque la justice et la raison; nous répondrons avec la cour de Toulouse que, lors même que la loi paraîtrait injuste, il n'appartient pas aux tribunaux de la corriger (1).

§ II. *Du disponible quand l'époux laisse des descendants.*

346. Quand l'époux donateur laisse des enfants ou descendants, il peut donner à son conjoint, « ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié

(1) Toulouse, 27 novembre 1841 (Dalloz, n° 804).

de tous ses biens en usufruit seulement. » Par le *quart en propriété* il faut entendre le quart en *toute propriété*. Cela a été contesté d'abord, parce que l'alternative que l'article 1094 donne à l'époux paraissait absurde. Un quart en toute propriété, disait-on, et un quart en usufruit font la moitié en usufruit plus un quart en nue propriété. Si l'époux peut donner, outre la moitié en usufruit, un quart en nue propriété, n'est-il pas absurde d'ajouter qu'il peut aussi lui donner seulement la moitié en usufruit? faut-il une disposition de la loi pour dire que celui qui peut donner le plus peut donner le moins? On en concluait que par le quart en propriété il fallait entendre un quart en *nue propriété*. Cette interprétation, contraire au texte bien précis de la loi, a été rejetée par la cour de Bruxelles (1); l'arrêt est très-bien motivé, mais il ne répond pas au reproche d'absurdité dont on a été trop prodigue en cette matière. La loi ne dit pas ce qu'on lui a fait dire : l'alternative ne porte pas sur la quotité des biens, elle porte sur la nature des dispositions, selon que le donateur veut disposer en propriété ou en usufruit; il ne peut jamais disposer de plus d'un quart en propriété, et, en usufruit, il ne peut donner que la moitié. Il faut reconnaître toutefois que le but que le législateur a eu en vue aurait été complétement atteint s'il avait permis à l'époux de donner à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens; il n'y a pas de motif pour permettre à l'époux de disposer en propriété, puisque l'on ne veut qu'une chose, assurer au conjoint survivant l'aisance ou la richesse dont il jouissait du vivant de son époux.

347. Il suit de là que l'époux donateur ne peut modifier en rien le disponible tel qu'il est fixé par l'article 1094. Ainsi il ne pourrait donner à son conjoint, outre un quart en pleine propriété, une autre fraction en nue propriété, quand même ce don en nue propriété ne dépasserait pas la valeur d'un quart en usufruit. Cela a été jugé ainsi, et avec raison (2). Le disponible entre époux est une excep-

(1) Bruxelles, 21 juillet 1810 (Dalloz, n° 815). C'est l'opinion de tous les auteurs.
(2) Rennes, 5 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 344).

tion au droit commun, le législateur l'a réglé pour des motifs spéciaux; le donateur ne peut user d'une faculté exceptionnelle que dans les limites de la loi. Il n'en est pas de même du disponible ordinaire; la loi le fixe, à la vérité, en toute propriété, mais elle ne défend pas de disposer en usufruit; elle autorise, au contraire, cette manière de disposer en donnant aux héritiers le droit de l'exécuter ou de la convertir en propriété (art. 917). C'est que le disponible ordinaire forme le droit commun, et il n'a pas été réglé à raison de la position du donataire, tandis que le disponible de l'article 1094 est exceptionnel, et le législateur l'a réglé en vue du but spécial pour lequel il l'a établi.

348. Le montant du disponible exceptionnel diffère du montant de la quotité disponible ordinaire. Il est invariable, tandis que le disponible de l'article 913 varie d'après le nombre des enfants. Quand le donateur ne laisse qu'un enfant, il peut donner la moitié de ses biens, en toute propriété, d'après l'article 913, tandis qu'il ne peut donner à son conjoint qu'un quart en propriété et un quart en usufruit. Si le donateur laisse deux enfants ou plus, le disponible ordinaire est du tiers ou du quart, tandis que le disponible exceptionnel est toujours le même.

De là est née la question de savoir si l'époux peut donner le disponible ordinaire à son conjoint : lorsqu'il ne laisse qu'un enfant ou deux, peut-il donner à son conjoint ce qu'il pourrait donner à un étranger, la moitié ou le tiers en pleine propriété? Nous avons répondu d'avance à la question, en enseignant que le disponible de l'article 1094 ayant une destination spéciale, ne peut être modifié par le donateur; le remplacer par le disponible ordinaire, c'est mettre la règle à la place de l'exception, c'est confondre deux disponibles qui n'ont rien de commun, c'est changer la loi. Cela est si évident que pendant quarante ans on n'a pas même songé à mettre cette question en doute; les auteurs étaient unanimes à enseigner que le disponible exceptionnel de l'article 1094 était obligatoire pour l'époux donateur; Grenier cite un arrêt de la cour de Nîmes qui l'avait jugé ainsi, et il ajoute que l'on

aurait peine à croire que la prétention contraire eût été élevée, si cet arrêt n'en faisait foi. Ce qui paraissait incroyable est devenu une doctrine. Un professeur de la faculté de Toulouse, Benech, dans une monographie brillante sur la quotité disponible entre époux, a entrepris de prouver que l'article 1094 n'est en aucun cas restrictif de la quotité disponible ordinaire réglée par l'article 913; que, par conséquent, l'époux qui ne laisse qu'un enfant peut donner la moitié de ses biens à son conjoint. Les nouveautés ont toujours de l'attrait pour les esprits jeunes et aventureux; Demante et Valette introduisirent la théorie de Benech à l'école de droit de Paris; Aubry et Rau l'adoptèrent (1); la jurisprudence, plus sage, l'a repoussée dès qu'elle s'est produite en justice, et elle est restée fidèle à cette interprétation (2). Les auteurs modernes l'ont combattue vivement (3), elle a fini par perdre tout crédit. Nous pourrions nous dispenser de la discuter; si nous nous y arrêtons un instant, c'est pour apprendre à nos jeunes lecteurs à se défier des opinions qui se mettent au-dessus du texte de la loi en invoquant son esprit. Un magistrat qui a enrichi d'excellentes notes l'ouvrage de Grenier sur les Donations dit à ce sujet : « Ne serait-il pas infiniment dangereux de faire fléchir la lettre précise d'une loi devant des considérations plus ou moins puissantes tirées des incidents de la discussion préparatoire? *Une loi réside dans son texte impératif et nullement dans les phases mobiles de son élaboration.* Où en seraient les citoyens et les jurisconsultes eux-mêmes si chacun pouvait dégager des archives législatives un nouveau système devant lequel il faudrait sacrifier tout ce qu'on a compris et pratiqué jusqu'alors (4)? » Le respect de la loi, voilà le premier devoir de l'interprète; c'est notre devise et notre excuse, parce que notre

(1) Aubry et Rau, t V, p. 608 et note 5, § 689, et les autorités qu'ils citent.

(2) Rejet, 3 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 42) et 4 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 10).

(3) Marcadé, Troplong, Demolombe (voir Demolombe, t. XXIII, p. 540, nº 500).

(4) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 104.

but est de ramener l'interprétation du code aux principes tels qu'ils découlent des textes.

Le premier arrêt que la cour de cassation a rendu dans ce débat oppose à la nouvelle théorie un argument décisif, le texte de la loi. Il s'agit de savoir si la disposition de l'article 1094 contient un système complet sur le disponible entre époux, système spécial et exceptionnel qui exclut le droit commun de l'article 913. Eh bien, que dit l'intitulé de notre chapitre? Il est ainsi conçu : « Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. » Voilà la preuve *littérale* que le chapitre IX est spécialement consacré à la matière; le législateur a eu pour objet d'y tracer les règles qui régissent les libéralités que les époux peuvent se faire et la quotité dont ils peuvent disposer. Tous les articles de notre chapitre sont conçus dans le même esprit. L'article 1091 porte que les époux pourront se faire telle donation qu'ils jugeront à propos *sous les modifications ci-après exprimées.* » Ces modifications, parmi lesquelles se trouve l'article 1094, forment donc le droit spécial des époux; ils n'en ont pas d'autre. L'article 1099 est encore plus significatif. « Les époux, dit-il, *ne pourront* se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. » Ces textes sont clairs; il en résulte que l'article 1094 fixe d'une manière invariable la quotité de biens qu'un époux peut donner à son conjoint.

349. Que répondent les partisans de l'opinion contraire? Pour concilier l'application de l'article 913 avec les termes absolus de l'article 1094, ils en sont réduits à supposer que le législateur, en fixant le disponible entre époux, a commis un oubli (1)! Quoi! l'article 1094 a pour objet de déroger à l'article 913 et, en consacrant une exception à la règle, il aurait oublié la règle! Il aurait oublié que le disponible est de moitié lorsque le défunt ne laisse qu'un enfant! Mieux vaut supposer un oubli, disent les éditeurs de Zachariæ, que d'imputer au législateur une inconséquence que Benech, dans sa fougue méridio-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 609, note 5.

nale, traite d'absurdité. Quelle est donc cette absurdité dont le législateur se serait rendu coupable? L'article 1094, dit-on, a élevé le disponible entre époux au-dessus du disponible ordinaire, lorsque le donateur laisse deux enfants ou un plus grand nombre. Cette dérogation au droit commun n'a d'autre raison d'être que la faveur dont jouit le mariage. Peut-on admettre que le législateur ait, au contraire, diminué le disponible ordinaire dans un seul cas, celui où l'époux laisse un enfant, et que dans ce seul cas il n'ait tenu aucun compte de la faveur du mariage? Quand chaque enfant n'aura, à titre de réserve, qu'un quart, un cinquième, un sixième, le conjoint pourra recevoir une part plus large; et quand l'enfant unique aura pour lui seul la moitié en toute propriété, l'époux sera le plus maltraité. Delvincourt trouvait cela assez singulier: nous disons, nous, ajoute Benech, que cela est absurde.

Cette vive critique est-elle fondée? A notre avis, le système du code n'est ni singulier ni absurde; la prétendue inconséquence qu'on lui impute est tout simplement imaginaire. Le reproche que l'on adresse aux auteurs du code suppose qu'en fixant le disponible entre époux, ils sont partis de ce principe qu'il faut élever, dans tous les cas, le disponible entre époux au-dessus du disponible ordinaire. Nous nions que tel soit le principe de l'article 1094. Tout le monde reconnaît que le législateur a voulu permettre à l'époux prémourant d'assurer à son conjoint la situation de fortune dont il a joui pendant la durée du mariage; voilà pourquoi l'article 1094 établit un disponible fixe, invariable, qui donne à l'époux survivant au moins la jouissance de la moitié de la fortune de son conjoint prédécédé. Dire que le disponible est fixe, c'est dire qu'il est proportionné aux besoins, aux convenances du donataire; c'est dire que l'on ne tient aucun compte du nombre des enfants. Qu'importe que l'époux donateur laisse un enfant seulement, ou qu'il en laisse dix? Les besoins du conjoint donataire seraient-ils par hasard plus grands lorsqu'il y a un enfant que lorsqu'il y en a dix? Les besoins sont toujours les mêmes, donc le disponible doit rester le même.

350. Chose singulière! L'auteur du système que nous combattons invoque l'esprit de la loi contre le texte. Et il se trouve qu'il méconnaît l'esprit véritable du code et que ce qu'il appelle l'esprit de la loi n'est autre chose que l'interprétation qu'il a trouvé bon de substituer à la volonté du législateur. Il en est d'ordinaire ainsi quand les auteurs opposent l'esprit de la loi à son texte. L'esprit de la loi, c'est la volonté du législateur; quand le texte est clair, le texte nous dit ce que le législateur veut; le texte est donc la meilleure, la plus sûre expression de sa volonté et partant de son esprit. Où va-t-on chercher l'esprit de la loi pour écarter le sens littéral que présente le texte? Dans les travaux préparatoires, dans les modifications successives que le projet primitif a subies avant d'être définitivement formulé. Nous opposons, dans l'espèce, une fin de non-recevoir à cette argumentation; on recourt à la discussion pour interpréter un texte obscur et douteux; il n'est pas permis de se prévaloir de la discussion pour changer la loi, en lui faisant dire autre chose que ce qu'elle dit. Les débats préparatoires sont par leur nature un élément très-vague, très incertain; toutes les opinions s'y font jour, parce qu'on n'est encore fixé sur aucune. Voilà comment il se fait que les opinions les plus opposées trouvent un appui dans les travaux préparatoires; on y trouve à peu près tout ce que l'on veut y chercher. Benech y a cherché des arguments pour son système, Marcadé y a trouvé des arguments pour le système tout contraire. S'appuiera-t-on sur une base si peu solide pour modifier le texte de la loi?

Nous empruntons un trait ou deux aux travaux préparatoires pour montrer combien cette manière d'argumenter est chanceuse. Le Tribunat proposa un amendement qui consacrait le système de Benech. « Dans le cas où il y aurait des enfants, la section pense qu'il est juste qu'un époux puisse donner à l'autre tout ce dont il pourrait disposer en propriété, c'est-à-dire *autant qu'il pourrait donner à un étranger*, ou la moitié de ses biens en usufruit. » Le conseil d'Etat n'adopta pas l'amendement ou l'interprétation du Tribunat. Qu'en conclut-on? Benech dit que

le conseil d'Etat a jugé inutile d'énoncer expressément ce qui résultait déjà du projet. Non, dit M. Bayle-Mouillard, le conseil d'Etat n'a pas admis l'interprétation du Tribunat, donc il l'a rejetée. Qui a raison? D'après les débats, on l'ignore. Le texte, au contraire, ne laisse aucun doute. Donc il faut s'en tenir au texte.

Il y a un élément des travaux préparatoires qui n'est pas sans importance, ce sont les discours des orateurs, quand les orateurs sont des jurisconsultes. Jaubert est un jurisconsulte; son rapport au Tribunat est fait avec beaucoup de soin : que dit-il de l'article 1094? « Quant à l'émolument des dispositions entre époux, il faut distinguer : s'il reste des enfants du mariage, l'époux survivant *ne peut avoir* qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement. » Voilà la restriction, que l'on nie, écrite en toutes lettres. Bigot-Préameneu s'exprime dans des termes tout aussi restrictifs. « L'article 1094, dit-il, a *borné* la faculté de disposer à une quotité *fixée,* à un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement; l'époux *ne pourra laisser à son conjoint que cette quotité.* » Que répond-on à ces preuves accablantes? Après avoir accusé le législateur d'inconséquence, Benech accuse de *précipitation* les orateurs qui ont exposé les motifs de la loi. Tout le monde a tort; l'interprète seul a raison. Voilà à quoi se réduit très-souvent ce que les auteurs appellent l'esprit de la loi.

351. L'article 1094 donne encore lieu à une autre difficulté. Il fixe le disponible « pour le cas où l'époux donateur laisserait des *enfants* ou *descendants*. » Que faut-il décider s'il laisse des enfants naturels? Le cas s'est présenté devant la cour de cassation. L'époux donateur était décédé sans parents au degré successible, laissant un testament par lequel il instituait pour ses légataires universels son conjoint et un enfant naturel qu'il avait eu avant son mariage. Celui-ci prétendit que le disponible en faveur du conjoint devait être réglé d'après l'article 1094, ce qui réduisait la part de l'époux à un quart en toute propriété et un quart en usufruit, tandis que l'enfant na-

turel avait la moitié en pleine propriété plus un quart en nue propriété. La cour a jugé que le disponible donné à l'époux et la réserve de l'enfant naturel devaient être calculés d'après l'article 913. Il y a un motif de douter, c'est que les enfants naturels ont un droit de même nature que les enfants légitimes; ce droit est moins étendu quand l'enfant naturel concourt avec des parents légitimes, mais à défaut de parents, l'enfant naturel prend toute l'hérédité, comme s'il était légitime. Ne fallait-il pas en conclure que l'enfant naturel limitait le conjoint au disponible de l'article 1094? La cour de cassation répond qu'il résulte du texte et de l'esprit de la loi que l'article 1094 entend par enfants ou descendants la postérité légitime. D'abord le texte. La loi, pour fixer le disponible entre époux, distingue deux hypothèses : si l'époux laisse des enfants d'un premier lit, on applique l'article 1098; s'il ne laisse pas d'enfants d'un premier lit, on applique l'article 1094. Dans le cas de l'article 1098, il n'y a pas de doute, il s'agit d'enfants nés d'un mariage antérieur, le texte le dit, c'est une part d'enfant *légitime* que l'époux peut donner à son nouveau conjoint. Donc dans l'article 1094, la loi doit aussi entendre par enfants ceux qui sont nés du mariage; la corrélation étroite qui existe entre les deux dispositions ne permet pas d'autre interprétation; on ne concevrait pas que dans un cas il ne fût question que d'enfants légitimes, tandis que l'autre comprendrait les enfants naturels.

L'argument de texte nous laisse quelque doute. Il n'y a aucun lien entre les articles 1094 et 1098; cette dernière disposition, tout à fait spéciale, n'a rien de commun avec la disposition générale de l'article 1094. Il faut donc laisser de côté l'article 1098 et interpréter l'article 1094 par lui-même, c'est-à-dire d'après les principes qui régissent les droits de l'enfant naturel, et ces principes sont en faveur de l'enfant. La cour de cassation invoque aussi l'esprit de la loi; nous citons ses paroles pour montrer combien l'argumentation empruntée à l'esprit de la loi est douteuse : « En fixant la quotité disponible d'une manière absolue et sans égard au nombre des enfants, dit la cour,

le législateur a voulu dégager les époux de toute préoccupation d'intérêt personnel et favoriser ainsi la fécondité du mariage. » Ce serait donc méconnaître sa pensée que d'étendre à l'enfant naturel le bénéfice d'une disposition qui implique l'existence du mariage; tout ce que l'enfant naturel peut réclamer, c'est sa réserve. Or, dans l'espèce, le partage égal entre les deux légataires laissait la réserve intacte (1). Il n'est rien dit, dans les travaux préparatoires, du motif qu'allègue la cour de cassation; et quoiqu'il soit très-plausible, néanmoins nous n'oserions pas décider une question de droit en nous fondant sur les motifs de la loi, alors que rien ne prouve que ces motifs soient ceux du législateur.

§ III. *Application.*

352. L'article 1094 fixe le disponible; c'est aux époux à disposer dans ces limites comme ils l'entendent. De là des difficultés sur l'étendue des dispositions qu'ils font. L'époux laisse des ascendants, et il donne à son conjoint son disponible, ou tout ce dont la loi lui permet de disposer, ou même tous les biens qu'il laissera à son décès : le donataire aura-t-il droit au disponible ordinaire et, en outre, à l'usufruit des biens réservés aux ascendants? Même question si l'époux donateur laisse des descendants; il donne son disponible : sera-ce le quart en propriété et le quart en usufruit? ou sera-ce la moitié en usufruit? L'étendue d'une libéralité dépend, avant tout, de l'intention du donateur. Sur ce point, tout le monde est d'accord; la seule difficulté est de savoir si le donateur doit, dans l'espèce, manifester sa volonté d'une manière expresse. La cour d'Agen l'a jugé ainsi (2); et au premier abord, on pourrait croire qu'elle n'a fait qu'appliquer un principe élémentaire d'interprétation, à savoir que les exceptions n'existent que lorsqu'elles sont stipulées; or, le disponible de l'article 1094 est une exception au droit commun de

(1) Rejet, 12 juin 1866, sur le rapport du conseiller d'Ubexi, et les conclusions de Fabre (Dalloz, 1866, 1, 484).
(2) Agen, 28 novembre 1827 (Dalloz, nº 805).

l'article 913. La cour de cassation n'a pas admis ce principe : elle dit, et avec raison, que l'article 1094 donne aux époux une faculté qui pour eux forme le droit commun; ils peuvent en user comme on use de toute faculté légale, sans être astreints à d'autres conditions que celles que la loi établit. Or, l'article 1094 n'impose pas aux époux la condition d'exprimer formellement l'intention de donner à leur conjoint tout ce que la loi permet de leur donner; il suffit que cette intention soit certaine (1). C'est dire que la question se décide d'après les principes généraux.

353. La jurisprudence est en ce sens. Si le donateur laisse des descendants, le donataire aura droit, outre le disponible ordinaire, à l'usufruit de la réserve, lorsque la disposition faite au profit de l'époux ne peut, à raison de son étendue, se concilier avec l'usufruit de l'ascendant réservataire. C'est le principe posé par l'arrêt que nous venons de citer. Un époux lègue à son conjoint l'universalité de ses biens : cette disposition comprend-elle l'usufruit de la réserve des ascendants? Le testament ne contenait aucune déclaration à cet égard; mais la volonté du testateur n'était guère douteuse. Quand un époux qui a un ascendant lègue néanmoins tous ses biens à son conjoint, il dépasse la limite du disponible, puisqu'il absorbe la réserve; c'est marquer bien énergiquement la volonté de donner à son conjoint tout ce qu'il peut lui donner. On objectait que la réserve de l'ascendant étant indisponible, ne devait pas être comprise dans le legs universel. La cour de Paris répond que c'est là une subtilité d'interprétation qui aboutirait à cette conséquence absurde que le quart réservé ne fait pas partie de la totalité des biens; en d'autres termes, que la partie n'est pas comprise dans le tout. Cette décision a été confirmée par un arrêt de rejet (2).

354. L'application du principe à la seconde disposi-

(1) Rejet, 24 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 256).
(2) Rejet, 19 mars 1862 (Dalloz, 1863, 1, 27). Comparez Rejet, 15 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 431); Bruxelles, 3 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 338), et les arrêts cités par Dalloz, n° 806.

tion de l'article 1094 fait naître une nouvelle difficulté. Si l'époux donateur laisse des enfants, il peut donner à son conjoint ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. C'est un droit alternatif. De là Grenier avait d'abord conclu que, dans le silence de l'acte, le choix appartenait au débiteur (art. 1190), c'est-à-dire aux héritiers. Cela n'est pas exact; il n'y a pas d'alternative, il y a deux droits très-différents, le droit de disposer en propriété et le droit de disposer en usufruit. C'est à l'époux à voir comment il veut disposer, sa volonté fait loi pour ses héritiers. Ainsi, dans le second cas de l'article 1094 aussi bien que dans le premier, l'étendue du disponible dépend de l'intention du disposant; c'est aux tribunaux à décider, d'après les termes de l'acte et les circonstances de la cause, ce que l'époux a voulu donner à son conjoint. Les auteurs sont unanimes. Grenier s'est rallié à l'opinion générale (1) et la jurisprudence est conforme. Deux époux se font réciproquement donation, par contrat de mariage, de l'usufruit des biens qu'ils laisseront à leur décès, avec clause de réduction, en cas de survenance d'enfant, à tout ce dont les lois actuelles et futures leur permettent et permettront de disposer en faveur l'un de l'autre. Il a été jugé que cette donation comprend le disponible le plus élevé de l'article 1094, c'est-à-dire un quart en propriété et un quart en usufruit (2).

355. D'ordinaire l'intention du donateur est de donner à son conjoint le disponible le plus élevé. Toutefois il faut se garder d'ériger le fait en règle; la règle est que l'intention du donateur détermine l'étendue de sa libéralité; cette intention peut varier; si l'époux peut donner à son conjoint le maximum du disponible, son intention peut aussi être de lui donner le minimum. Un époux lègue à son conjoint survivant tous les biens qu'il laissera à son décès; il décède sans enfants. Le conjoint aura-t-il droit à l'usufruit de la réserve de l'ascendant? Il a été jugé qu'il

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 821.
(2) Caen, 26 mars 1843 (Dalloz, n° 806, 5°).

n'y avait pas droit. C'est que, dans l'espèce, la testatrice avait fait un legs particulier à sa mère, pour lui tenir lieu de sa réserve. Le juge en a conclu que ce legs devait s'exécuter tel qu'il était fait, c'est-à-dire en toute propriété. Cette intention de la testatrice était prouvée par toutes les circonstances de la cause (1).

356. Nous avons supposé jusqu'ici que l'époux a disposé en propriété. Quand il dispose en usufruit, il faut appliquer le même principe; mais l'application soulève une nouvelle difficulté. L'article 917 prévoit le cas où la disposition est faite en usufruit; il donne aux héritiers réservataires l'option, ou d'exécuter la disposition, ou de faire au donataire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. On demande si les héritiers à réserve peuvent invoquer cette disposition lorsque l'époux a disposé en usufruit au profit de son conjoint. Ainsi l'époux donne ou lègue à son conjoint l'usufruit de tous ses biens; il décède laissant des enfants; ceux-ci peuvent-ils user de l'option accordée par l'article 917? ou le conjoint pourrait-il demander que la libéralité faite en usufruit soit convertie en propriété et réclamer, en conséquence, le quart en propriété, plus un quart en usufruit? La négative nous paraît évidente. Elle est très-bien établie dans un arrêt de la cour de Bruxelles. La cour rappelle d'abord qu'en principe les libéralités doivent recevoir leur exécution telles qu'elles sont faites, sauf réduction si elles excèdent le disponible. L'article 917 contient une exception à ce principe, puisqu'il permet aux héritiers de transformer un legs d'usufruit en un legs de propriété. De là suit que cette disposition est de stricte interprétation; on doit en restreindre l'application au seul cas qui y est prévu. Or, l'article 917 suppose la réunion des conditions suivantes: d'abord que la portion disponible soit fixée par la loi en pleine propriété, puis que le donateur ait disposé en usufruit; enfin que l'usufruit donné excède la valeur de la portion disponible en propriété. Ces conditions ne se rencontrent point dans le cas de l'article 1094, puisque la loi

(1) Toulouse, 24 août 1868 (Dalloz, 1868, 2, 179).

y fixe la quotité disponible en usufruit, ou partie en usufruit, partie en propriété. On ne pourrait donc appliquer l'article 917 aux libéralités entre époux sans violer tout ensemble la loi et les dispositions du donateur. La cour de Bruxelles ajoute une considération historique qui est également décisive. Quel est l'objet de l'article 917? C'est de décider une question controversée dans l'ancien droit, à savoir si l'héritier légitimaire était fondé à se plaindre quand le testateur grevait sa légitime d'un usufruit ou d'une rente viagère qui réduisait momentanément sa jouissance au-dessous de ce que sa légitime devait produire. Cette question ne peut s'élever que dans les cas prévus par les articles 913 et 915 qui fixent la portion disponible en pleine propriété; elle est impossible dans le cas de l'article 1094, puisque, d'après cette disposition, toute libéralité entre époux est réduite ou à la moitié des biens en usufruit, ou à un quart des biens en propriété et un quart en usufruit, suivant que le donateur a disposé en usufruit ou en propriété (1).

La jurisprudence (2) est en ce sens, ainsi que la doctrine (3). Il y a quelques arrêts qui ont appliqué l'article 917 aux donations entre époux. Le seul motif qu'ils donnent, c'est que l'article 917 contient une règle générale qui doit recevoir son application à tous les cas (4). L'arrêt de la cour de Bruxelles que nous venons d'analyser répond à l'objection. Nous croyons inutile d'insister, les motifs donnés par la cour étant d'évidence.

357. Que faut-il décider si la disposition est faite en rente viagère? Cette question est très-controversée. Il nous semble que les motifs de décider sont identiques. En effet, l'article 917 met sur la même ligne le cas où le donateur a disposé en rente viagère et le cas où il a disposé en usufruit. Si donc on écarte l'article 917 quand les

(1) Bruxelles, 16 juillet 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 15). Sur l'article 967, voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 199, n°s 151-160.

(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, n° 824.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 610, note 8, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Benech, p. 436 et suiv.

(4) Voyez les arrêts des cours de Paris, de Poitiers et de Douai, rapportés par Dalloz, n° 823.

époux ont disposé en usufruit, il faut l'écarter également quand ils ont disposé en rente viagère; il y aurait inconséquence flagrante à l'appliquer quand il s'agit de rente viagère, alors qu'on le déclare inapplicable quand il s'agit d'usufruit. La seule difficulté est de savoir comment on appréciera si la rente viagère excède ou non le disponible. On a dit, et avec raison, qu'il ne fallait pas estimer la rente viagère en capital d'après les probabilités de vie ou de mort du donataire; car ce calcul aboutirait à soumettre la rente à la mesure du disponible en perpétuel, c'est-à-dire en propriété, tandis que par sa nature de disposition viagère elle doit être soumise à la règle de l'article 1094 qui détermine le disponible en viager. Il faut donc uniquement comparer la rente à la quotité disponible en jouissance, c'est-à-dire à l'usufruit de la moitié et la réduire à la jouissance de la moitié du patrimoine. C'est le principe formulé par M. Colmet de Santerre, et voici comment il l'applique. Si les arrérages de la rente sont supérieurs à la moitié des revenus, ils seront réduits jusqu'à concurrence de cette moitié; s'ils sont égaux ou inférieurs, ils devront être servis par les enfants, héritiers réservataires. Il reste une difficulté : le montant des arrérages est fixe, tandis que la jouissance est variable. Qu'arrivera-t-il si les revenus des biens sont insuffisants pour acquitter la rente? La rente sera réduite jusqu'à due concurrence, car la disposition ne peut jamais dépasser la moitié de l'usufruit (1).

358. Si les époux dépassent le disponible fixé par l'article 1094, il y a lieu d'appliquer l'article 1099 qui distingue : la libéralité est réduite lorsqu'elle est indirecte, et elle est nulle quand elle est déguisée ou faite par personnes interposées. Nous reviendrons plus loin sur la distinction. Il s'agit de savoir pour le moment si l'article 1099 est applicable au cas prévu par l'article 1094. On a prétendu qu'il ne s'appliquait qu'à l'article 1098. Il nous semble que le texte de la loi dit le contraire; le premier

(1) Demante, t. IV, p. 528, n° 274 *bis* VII, suivi par Demolombe, t. XXIII, p. 555, n° 503. Troplong (p. 424, n° 2573 et suiv.) adopte le système consacré par un arrêt de Rouen, du 8 août 1853 (Dalloz, 1853, 2, 207).

alinéa porte : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par *les dispositions ci-dessus*. Le texte comprend donc toutes les dispositions qui déterminent la quotité disponible entre époux, partant l'article 1094 aussi bien que l'article 1098. On objecte que les deux articles prévoient des cas tout à fait différents : l'article 1094 étend le disponible ordinaire par faveur pour le mariage, tandis que l'article 1099 le restreint par défaveur pour les secondes noces; on conçoit que le législateur se montre rigoureux quand les époux cherchent à faire fraude à une loi qui restreint dans des bornes étroites les libéralités que veut faire l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second mariage; mais cette rigueur n'a plus de raison d'être quand il s'agit de libéralités qui favorisent un premier mariage. Cela est vrai, et le législateur aurait pu faire une différence entre les deux hypothèses, mais il ne l'a pas faite. Il y a d'ailleurs un motif qui justifie la rigueur de l'article 1099, même dans son application au cas de l'article 1094. Si le législateur favorise les libéralités faites au conjoint, il doit veiller aussi à ce que les enfants et les ascendants ne soient pas privés de la réserve restreinte qu'il leur accorde.

Si l'article 1099 est applicable au cas de l'article 1094, il s'ensuit que l'article 1100 l'est aussi, car l'article 1100, qui présume certaines personnes interposées, n'est qu'une suite de l'article 1099. Il faut donc appliquer aux donations déguisées ou faites à personnes interposées ce que nous dirons plus loin en expliquant les articles 1099 et 1100 (1).

§ IV. *Du concours des deux disponibles.*

N° 1. PRINCIPE.

359. Il y a deux disponibles : la quotité dont un époux peut disposer au profit de son conjoint, quand il

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 611, et notes 10-13. C'est l'opinion générale.

laisse des ascendants ou des descendants ; la quotité dont l'époux peut disposer au profit d'autres personnes, que l'article 1094 appelle étrangers, bien que d'ordinaire ce soient des enfants. Le conjoint peut-il tout ensemble disposer au profit d'étrangers et au profit de son époux? Que l'époux puisse faire des libéralités à un enfant et à son conjoint, cela n'est pas douteux ; mais la question est de savoir dans quelles limites ces libéralités sont permises. Un premier point est certain, c'est que les deux disponibles ne peuvent pas se cumuler, c'est-à-dire que l'époux ne peut donner à un étranger le disponible des articles 913 et 915 et à son conjoint le disponible de l'article 1094. Il y a de cela une raison décisive, c'est que le disponible de l'article 1094 dépasse le disponible ordinaire, sauf dans un seul cas, il le comprend donc; en donnant à son conjoint le disponible de l'article 1094, l'époux épuise la quotité de biens dont la loi lui permet de disposer; il ne peut plus donner ce qu'il a déjà donné. Le cumul conduirait à un résultat impossible : l'époux qui a un ascendant pourrait donner à un étranger les trois quarts de ses biens en propriété et à son conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit, c'est-à-dire plus que son patrimoine (1)! Cela prouve que les deux disponibles sont distincts, établis pour des cas différents: le disponible des articles 913 et 915 est le droit commun, on le donne à qui l'on veut; le disponible de l'article 1094 est un disponible exceptionnel, on ne le peut donner qu'à l'époux.

360. Ceci nous conduit à la question de savoir si le disponible exceptionnel peut concourir avec le disponible ordinaire. L'affirmative est généralement admise. Quand l'un des époux fait des libéralités, d'une part à son conjoint, d'autre part à des étrangers, ces dispositions reçoivent leur exécution avec cette restriction que l'ensemble de ces dispositions ne dépasse pas le disponible exceptionnel, et que les libéralités faites aux étrangers ne dé-

(1) C'est l'opinion générale (Dalloz, n° 829; Demolombe, t. XXIII, p. 564, n° 509).

passent pas le disponible ordinaire. Telle est la formule du principe, sur lequel tout le monde est d'accord; on n'est divisé que sur les applications. La divergence d'opinions qui persiste, malgré la jurisprudence constante de la cour de cassation, ne prouverait-elle pas que le principe n'est pas très-certain? A notre avis, il ne peut pas y avoir de vrai concours des deux disponibles. La formule même que nous venons de transcrire implique une contradiction. On maintient les dispositions faites en faveur d'étrangers et celles faites au profit du conjoint, quand réunies elles ne dépassent pas le *disponible exceptionnel* de l'article 1094. N'est-ce pas faire du disponible exceptionnel la règle, en ce sens que la loi poserait en principe que l'on peut toujours disposer de ce disponible, tandis que le mot même de disponible exceptionnel prouve qu'il s'agit d'une exception établie exclusivement dans l'intérêt du conjoint? Le rapport entre l'article 913 et l'article 1094 est donc celui de la règle à l'exception. Conçoit-on que l'on allie dans une même disposition la règle et l'exception? Que l'on donne tout ensemble le disponible ordinaire et le disponible exceptionnel? Tel n'est pas le système de la loi. Il y a un disponible ordinaire, qui est la règle; l'époux peut le donner à qui il veut, il peut le partager entre des étrangers et son conjoint. Il y a un disponible exceptionnel, celui-là est de stricte application, on ne peut pas le partager entre un étranger et le conjoint : établi uniquement au profit du conjoint, on n'en peut disposer qu'en sa faveur. Le disponible de l'article 1094 n'est donc pas un maximum que l'époux a la faculté de distribuer comme il le veut. C'est confondre l'exception avec la règle. Les articles 913 et 915 établissent le disponible de droit commun, dont chacun dispose comme il l'entend; le disponible de l'article 1094, par cela seul qu'il est exceptionnel, ne peut être donné qu'à l'époux (1).

On objecte que l'opinion générale fait droit à la distinction que la loi établit entre la règle et l'exception, puisque l'étranger ne peut jamais recevoir que le disponible ordi-

(1) Grenier, t. IV, p. 97, § 584. Grenier a abandonné cette opinion.

naire. Nous allons répondre à l'objection en entrant dans les détails de cette question si controversée et si difficile. Notre but, nous l'avons dit d'avance (n° 342), n'est pas d'opposer un système à celui que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre; nous n'entendons prouver qu'une chose, c'est que l'opinion générale est en dehors de la loi, elle fait la loi et naturellement chacun la fait à sa guise.

N° 2. APPLICATION.

I. *En quel sens et dans quelles limites l'époux peut disposer au profit de son conjoint et au profit d'un étranger.*

361. L'article 913 fixe la quotité dont on peut disposer au profit de toutes personnes, quand le disposant laisse des enfants, et l'article 915 règle le disponible quand le disposant laisse des ascendants. C'est le disponible ordinaire ou de droit commun. Chacun en peut disposer comme il l'entend; il peut donc le distribuer entre des étrangers et son conjoint, et les dispositions qu'il fera recevront leur exécution, puisqu'elles sont faites dans les limites du disponible. Il y a cependant une restriction à cette proposition : c'est que l'époux ne peut pas donner à son conjoint le disponible de l'article 913, quand ce disponible est de la moitié des biens en pleine propriété. C'est, comme nous l'avons dit (n°s 348-350), l'opinion générale. Cela prouve la profonde différence qui existe entre les deux disponibles, et combien il est vrai de dire que le disponible de l'article 1094 est un disponible exceptionnel. Quoique favorisé par la loi, l'époux ne peut pas recevoir le disponible ordinaire dans le cas où le conjoint donateur ne laisse qu'un enfant. On doit donc se garder de faire du disponible de l'article 1094 une règle; c'est, à tous égards, une exception. Lorsque l'époux laisse deux enfants ou un plus grand nombre, le disponible de l'article 913 peut être donné au conjoint et à des étrangers, car, dans ce cas, le disponible ordinaire est compris dans le disponible exceptionnel; ils se confon-

dent donc, de sorte que rien n'empêche le donateur de distribuer la quotité disponible entre son conjoint et un étranger.

362. Ce principe n'est pas douteux et l'application ne souffre aucune difficulté. L'époux n'a qu'un enfant : il donne à son conjoint le disponible de l'article 1094, c'est-à-dire un quart en propriété et un quart en usufruit, peut-il encore donner à un étranger un quart en nue propriété? L'affirmative est évidente. Car le disponible ordinaire est de la moitié des biens; sur ce disponible, l'époux peut donner à son conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit; il lui reste un quart en nue propriété qu'il peut donner à un étranger; les deux libéralités réunies comprennent la moitié des biens dont toute personne peut disposer quand elle ne laisse qu'un enfant. C'est donc le cas d'appliquer l'article 913. On ne peut pas dire qu'il y ait concours de deux disponibles quoique l'époux donataire reçoive le disponible de l'article 1094, car ce disponible est compris dans celui de l'article 913. Nous sommes sous l'empire du droit commun; les deux libéralités sont maintenues puisqu'elles sont faites dans les limites du disponible ordinaire.

De même, si l'époux a deux enfants, le disponible ordinaire est du tiers des biens; il donne à son conjoint la moitié en usufruit. Peut-il encore disposer au profit d'un enfant? La solution dépend de l'estimation de l'usufruit. On admet généralement, comme nous le dirons plus loin, que l'usufruit vaut la moitié de la propriété, de sorte que la donation d'une moitié en usufruit équivaut à la donation du quart en pleine propriété. Il a été jugé que l'époux peut encore donner à un enfant la différence du quart au tiers (1). Cela n'est pas douteux. Il n'y a pas concours des deux disponibles, puisque les deux dispositions réunies ne dépassent pas le disponible ordinaire de l'article 913; or, l'époux peut donner ce disponible à qui il veut, pourvu qu'en gratifiant son conjoint, il n'excède

(1) Agen, 9 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 51) et 10 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 5, 333). Paris, 10 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 106). Grenier, t. IV, p. 98, n° 584.

pas le disponible de l'article 1094 (nº 361). Or, dans l'espèce, l'époux n'a reçu que ce qu'il pouvait recevoir, la moitié en usufruit; cette moitié est moins élevée que le disponible ordinaire, qui est d'un tiers en toute propriété; il reste donc une fraction du disponible ordinaire que, d'après le droit commun, l'époux peut donner à un étranger

II. *L'époux peut-il donner le disponible ordinaire à un étranger et le disponible exceptionnel à son conjoint, en tant qu'il excède le disponible ordinaire?*

363. L'époux, qui laisse sa mère pour héritière réservataire, donne à un étranger les trois quarts de ses biens en propriété, peut-il encore donner à son conjoint un quart en usufruit? On admet l'affirmative comme une chose évidente. L'étranger, dit-on, n'a reçu que ce qu'il pouvait recevoir d'après le droit commun : les trois quarts; donc il n'y a pas lieu à réduction en vertu de l'article 913. Quant à l'époux, il a reçu une fraction du disponible que son conjoint peut lui donner; l'article 1094 n'est donc pas violé. Les deux dispositions réunies n'excèdent pas le disponible le plus élevé, celui de l'article 1094. L'époux pouvait donner ce disponible à son conjoint, qu'importe au réservataire qu'il le divise entre le conjoint et un étranger? Le réservataire ne pourrait se plaindre que si l'étranger recevait plus qu'il ne peut recevoir d'après l'article 915; or, l'étranger n'a reçu que le disponible ordinaire. Donc on est dans les termes de la loi, et quand la loi est claire, dit la cour de cassation, que ses termes ne présentent ni obscurité ni équivoque, le juge doit l'appliquer telle qu'elle est écrite; le droit de la réformer ou de la modifier n'appartient qu'au seul législateur (1).

364. L'opinion consacrée par la cour de cassation a été admise par la doctrine et par la jurisprudence. Les auteurs ne la discutent même plus, ils la déclarent évidente (2).

(1) Rejet, 3 janvier 1826 (Dalloz, nº 807). Rejet de la chambre civile, 18 novembre 1840 (Dalloz, nº 808), sur les conclusions contraires de Délangle, avocat général.

(2) Demolombe, t. XXIII, p. 579, nº 517, et les autorités qu'il cite.

On ne devrait pas appeler évidente une interprétation qui a été combattue devant la cour de cassation par un des meilleurs jurisconsultes qui aient occupé le siége du ministère public. Quand c'est Delangle qui parle, il faut au moins l'écouter; son réquisitoire est un élément du débat. Nous le reproduirons en substance, ne fût-ce que pour prouver combien la question que nous examinons est difficile et douteuse. L'éminent magistrat commence par rechercher les raisons pour lesquelles le législateur, après avoir déterminé la réserve des ascendants et des descendants, ainsi que la quotité disponible qui y correspond, fait ensuite une condition à part à l'époux en permettant de lui donner une quotité qui généralement dépasse le disponible ordinaire. C'est la faveur du mariage qui a engagé les auteurs du code à augmenter le disponible du droit commun: « Ils ont voulu que devant l'intimité du mariage fléchît le droit même de la paternité tel qu'ils l'avaient réglé dans l'article 913, le droit des ascendants tel qu'ils l'avaient réglé dans l'article 915. » C'est une remarque importante : tandis que le disponible ordinaire est limité en considération des réservataires, le disponible spécial est étendu en considération du donataire, et cette faveur l'a emporté sur celle du sang; l'époux est préféré aux ascendants et aux descendants. Cela ne prouve-t-il pas que le disponible spécial de l'article 1094 ne peut jamais être donné que par l'époux à son conjoint? On conçoit que le droit des ascendants et des descendants soit sacrifié à l'époux : c'est le cri du cœur, c'est aussi le devoir le plus impérieux. Mais de quel droit ferait-on profiter un étranger d'un disponible qui n'a pas été établi en sa faveur? « La famille d'abord, l'étranger après elle, » dit M. Delangle. C'est dire que l'ascendant, dans l'espèce, a le droit de se plaindre, puisqu'on le prive de la jouissance de sa réserve et on donne le disponible exceptionnel de l'article 1094, non à l'époux, mais en partie seulement à l'époux et en partie à un étranger; on sacrifie donc l'ascendant à un étranger, alors que, dans l'esprit de la loi, l'ascendant ne doit céder que devant l'époux.

M. Delangle conclut de là que, si le disposant appelle un tiers à recueillir une partie des biens, on ne se trouve plus dans le cas prévu par l'article 1094; dès lors le droit des réservataires reprend toute sa force. S'agit-il d'un ascendant, il peut invoquer l'article 915 : « Si l'ascendant est contraint de s'humilier devant l'époux, ce sacrifice ne lui est plus imposé envers un étranger. » Si tel est l'esprit de la loi, se pourrait-il que le texte dît autre chose? Dans quel chapitre se trouve l'article 1094? Dans un chapitre intitulé : « Des dispositions *entre époux*. » Donc l'article 1094 concerne exclusivement les époux. Il porte, en effet, que l'époux qui laissera des ascendants pourra disposer, en faveur de son conjoint, en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger et, *en outre*, de l'usufruit des biens réservés aux ascendants. N'est-ce pas dire clairement que si l'époux veut disposer en vertu de l'article 1094, c'est-à-dire donner le disponible le plus élevé, il faut qu'il le donne en entier à son conjoint? Donc il ne peut pas distribuer ce disponible exceptionnel entre son conjoint et un étranger. Ce serait faire profiter de l'exception l'étranger aux dépens des réservataires, alors que l'exception n'a été introduite qu'en faveur du conjoint (1).

365. On nous permettra d'ajouter quelques remarques sur les motifs donnés par la cour de cassation dans les deux arrêts qui ont fixé la jurisprudence. L'arrêt de 1826 invoque la lettre de l'article 1094 : le pourvoi, dit la cour, n'oppose au texte que des considérations; or, les termes de la loi ne présentent ni doute ni obscurité; donc il faut s'en tenir au texte, des considérations, quelque graves qu'elles soient, ne pouvant jamais l'emporter sur le texte de la loi. Nous nous inclinerions devant cette décision si le texte était aussi clair qu'on le prétend. Mais est-il bien vrai que l'article 1094 prévoie le cas auquel la cour l'a appliqué? L'article 1094 règle la quotité dont un époux peut disposer au profit de son conjoint, et il la règle par faveur pour le conjoint donataire, en privant

(1) Delangle, Réquisitoire (Dalloz, n° 808, p. 281).

l'ascendant de la jouissance de sa réserve. Le texte suppose donc que l'époux veut gratifier son conjoint de tout ce dont il lui est permis de disposer ; dans ce cas, et à raison de la position spéciale de l'époux donataire, la loi augmente le disponible ordinaire aux dépens des ascendants. Mais si, au lieu de donner à son conjoint ce disponible exceptionnel, l'époux le partage entre son conjoint et un étranger, on ne se trouve plus dans le cas prévu par le texte; celui qui donne les trois quarts de ses biens à un étranger et l'usufruit de sa réserve à son conjoint n'use pas du droit que lui donne l'article 1094, car il ne donne pas le disponible exceptionnel à son conjoint ; n'étant pas dans le cas de l'exception, il rentre dans la règle. L'ascendant peut donc invoquer contre ces dispositions l'article 915; il peut dire : « Ma réserve est du quart en pleine propriété; elle peut être réduite à la nue propriété, quand le donateur dispose au profit de son conjoint des trois quarts en propriété et en outre de l'usufruit de la réserve; mais quand il donne les trois quarts en propriété à un étranger, et qu'il dispose au profit de son conjoint de l'usufruit des biens réservés, il n'est pas dans le texte de la loi et il ne peut invoquer son esprit : le texte suppose une libéralité faite en faveur du conjoint, libéralité qui dépasse le disponible ordinaire, à raison de la position du conjoint donataire : l'esprit de la loi implique que le disponible ordinaire ne suffit point, qu'il faut l'étendre pour le mettre en harmonie avec les besoins du conjoint survivant. Et que fait l'époux donateur? Au lieu de donner à son conjoint les trois quarts en propriété, il les donne à un étranger, c'est dire qu'il n'avait pas besoin d'un disponible exceptionnel; il pouvait donner les trois quarts à son conjoint, le disponible ordinaire lui suffisait : de quel droit se prévaut-il du disponible exceptionnel, alors qu'il n'en dispose pas au profit de celui dans l'intérêt duquel ce disponible a été établi? Donc l'article 1094 est hors de cause, et par cela même l'article 915 doit recevoir son application.

366. L'arrêt de 1840, rendu sur les conclusions contraires de M. Delangle, répond à l'argumentation du ré-

quisitoire ; à notre avis, la réponse est loin d'être décisive. La cour reconnaît que l'article 1094 donne une extension au disponible ordinaire en faveur du conjoint, extension toute personnelle et dont aucun étranger ne peut profiter. Mais, dit-elle, on ne saurait induire de là que l'époux qui dispose, en faveur d'un étranger, du disponible de l'article 915 et, en faveur de son conjoint, de l'usufruit des biens réservés aux ascendants, fait profiter l'étranger de cette extension, puisque l'étranger ne recueille que le disponible de l'article 915. La cour pose mal la question, nous semble-t-il. Il s'agit de savoir si l'époux peut scinder le disponible de l'article 1094, donner les trois quarts en propriété à un étranger et à son conjoint l'usufruit du quart réservé ; or, l'article 1094 n'accorde certes pas ce droit à l'époux ; en vue d'une position spéciale, il établit un disponible spécial en permettant de priver l'ascendant de la jouissance des biens qui lui sont réservés. Si le conjoint donataire n'a pas besoin de ce disponible spécial, si un quart en usufruit lui suffit, l'époux donateur aussi n'aura pas le droit d'invoquer l'article 1094 qui crée ce disponible spécial. N'étant pas dans le cas de l'exception, il rentre dans la règle de l'article 915. L'ascendant a donc le droit de repousser l'article 1094 et de se prévaloir de l'article 915. Qu'importe, dit la cour, à l'ascendant que l'époux dispose en faveur de son conjoint de tout le disponible de l'article 1094 ou qu'il donne à un étranger le disponible ordinaire, et à son conjoint l'usufruit de la réserve, puisque ces dispositions produisent à son égard le même effet, et que dans l'un et l'autre cas, il se trouve privé de l'usufruit de la portion qui lui est réservée ? Nous répondons que cela importe beaucoup ; l'ascendant n'a pas le droit de se plaindre quand ses droits sont sacrifiés à un droit plus puissant que le sien, celui du conjoint ; tandis qu'il peut se plaindre justement si l'époux donateur scinde le disponible de l'article 1094 en donnant la plus grande partie à un étranger ; c'est, en définitive, à un étranger qu'on le sacrifie. Cela décide la question contre le système de la cour de cassation.

367. La même question se présente lorsque l'époux donateur laisse des descendants; il peut, dans ce cas, donner à son conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit. On suppose qu'il meurt laissant quatre enfants : il lègue à l'un d'eux le quart en propriété par préciput et le quart en usufruit à son conjoint. La cour de cassation valide les deux libéralités par la raison que les deux dispositions réunies n'excèdent pas le disponible le plus élevé, celui de l'article 1094; que l'enfant légataire par préciput ne reçoit que le disponible ordinaire, le quart des biens, et que le conjoint ne reçoit aussi que ce que le donateur avait le droit de lui donner (1). A notre avis, il fallait appliquer l'article 913 et non l'article 1094. En effet, les enfants réservataires peuvent dire que leur réserve est des trois quarts en toute propriété; que leur père ne peut réduire leur réserve en disposant au profit de son conjoint que s'il use du droit que lui accorde l'article 1094, c'est-à-dire s'il donne à son conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit. S'il se borne à donner à son conjoint un quart en usufruit, c'est que le conjoint ne se trouve pas dans la position en vue de laquelle le législateur a augmenté le disponible ordinaire; si un quart en usufruit lui suffit, l'époux donateur n'a pas besoin du disponible exceptionnel de l'article 1094, le disponible ordinaire est suffisant et au delà, puisque le donateur pouvait donner à son conjoint un quart en pleine propriété, tandis qu'il ne lui a donné qu'un quart en usufruit. Donc il y a lieu d'appliquer l'article 913. Les enfants doivent bien souffrir une réduction de leur réserve quand ils sont en face du conjoint; quand ils sont en face d'un étranger et du conjoint, ils peuvent invoquer le droit commun de l'article 913. Vainement leur objecte-t-on que les deux dispositions réunies n'excèdent pas le disponible de l'article 1094; les enfants répondront que ce n'est pas le disponible de l'article 1094 qui est la règle, que c'est le disponible ordinaire de l'article 913; l'article 1094 crée un

(1) Rejet, de la chambre civile, 9 novembre 1846 (Dalloz, 1846, 4, 402). Cassation, 8 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 173).

disponible exceptionnel pour une position exceptionnelle; le législateur permet de donner au conjoint la jouissance de la moitié de la fortune du donateur, afin que le survivant ne déchoie pas de la position qu'il avait du vivant de son conjoint; si le conjoint se trouve dans un état de fortune qui nécessite l'usage de ce disponible exceptionnel, les enfants ne se plaindront pas, il y a un droit plus sacré que le leur, c'est celui du conjoint, leur père ou leur mère. Mais aussi quand l'époux ne trouve pas nécessaire de donner à son conjoint le disponible exceptionnel, il ne peut diminuer la réserve de ses enfants en disposant tout ensemble d'un quart en propriété au profit d'un étranger et d'un quart en usufruit au profit de son conjoint; ce n'est pas user de l'article 1094, c'est en abuser pour léser les droits des réservataires; pour mieux dire, on ne se trouve pas dans l'exception de l'article 1094, on se trouve dans la règle de l'article 913.

III. *Inconséquence de la jurisprudence et de la doctrine.*

368. La jurisprudence et la doctrine admettent, en principe, le concours du disponible ordinaire et du disponible exceptionnel de l'article 1094, mais l'accord cesse quand il s'agit d'appliquer le principe. Lorsque l'époux commence par donner le disponible ordinaire à un étranger, on lui permet de donner encore à son conjoint le disponible exceptionnel en tant qu'il excède le disponible ordinaire. Mais si l'époux dispose d'abord du disponible de l'article 1094 au profit de son conjoint, peut-il encore donner à un étranger ce qui reste de ce disponible? Voici l'espèce dans laquelle la question s'est présentée d'abord devant la cour de cassation. L'un des futurs époux donne à son conjoint par contrat de mariage l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès, disposition très-fréquente. Puis il donne à un de ses enfants un quart en nue propriété. Il meurt laissant trois enfants. La disposition du quart en nue propriété peut-elle concourir avec la disposition de la moitié en usufruit? Non, dit la cour de cassation; l'époux donateur, en donnant la moitié

en usufruit à son conjoint, a disposé du disponible de l'article 1094; il est vrai qu'il pouvait lui donner de plus un quart en nue propriété, mais il ne l'a pas fait. Peut-il donner ce quart à un étranger? Non, car ce serait disposer, au profit d'un étranger, de l'excédant du disponible que le législateur a établi exclusivement au profit de l'époux. Le disponible exceptionnel de l'article 1094 n'étant pas applicable, il faut s'en tenir à la règle générale de l'article 913; l'époux donateur, laissant trois enfants, ne pouvait donner que le quart; il a donné la moitié en usufruit à son conjoint, ce qui équivaut au quart en pleine propriété. Donc il a épuisé le disponible de l'article 913 et, par conséquent, il n'a pas pu donner un quart en nue propriété à un étranger. Vainement l'étranger dirait-il qu'il reste un quart en nue propriété sur le disponible de l'article 1094; la cour de cassation répond que l'article 1094 contient une législation spéciale bornée aux avantages entre époux et dont l'époux seul pourrait se prévaloir, dans le cas où la donation qui le gratifie serait postérieure à celle qui a été faite à un étranger. Cette décision, ajoute la cour, est aussi fondée en raison; les enfants ne peuvent pas se plaindre quand leur réserve est diminuée au profit du conjoint, car ce conjoint est leur père ou leur mère, et régulièrement ils recueilleront les biens dont momentanément ils sont privés dans la succession du père ou de la mère avantagés, tandis que si le disponible exceptionnel est donné à un étranger, les biens sont perdus pour les enfants (1).

Tels sont les motifs de l'arrêt rendu par la chambre des requêtes. Les cours d'appel s'étant prononcées pour le concours des deux disponibles, le débat fut porté devant la chambre civile, qui consacra l'opinion contraire et n'a pas cessé de casser toutes les décisions qui maintenaient les dispositions faites en vertu de l'article 1094, en faveur du conjoint d'abord, puis en faveur d'un étranger. La cour dit, dans l'hypothèse des dispositions faites successivement au profit du conjoint et d'un étranger, ce que

(1) Rejet, 7 janvier 1824 (Dalloz, n° 856).

nous avons dit sur la question de principe : du moment que l'époux ne dispose pas de tout le disponible de l'article 1094 en faveur de son conjoint, on ne se trouve plus dans le cas de l'article 1094; la question doit se décider d'après le droit commun de l'article 913. Or, celui qui laisse trois enfants à son décès ne peut disposer que du quart; les trois autres quarts sont réservés aux enfants, leur réserve ne peut être entamée que par les libéralités que ferait le défunt au conjoint en vertu de l'article 1094; ce n'est qu'en sa faveur que le disposant peut dépasser le disponible ordinaire; c'est là un privilége personnel, limité à l'époux et qui, par suite, ne peut profiter qu'à lui seul, et ne doit jamais réagir contre les enfants pour la fixation de leur réserve, soit entre eux, soit à l'égard des étrangers. La cour de Montpellier, à laquelle l'affaire fut renvoyée, rendit un arrêt conforme. Nouveau pourvoi, qui fut rejeté. La cour de cassation, dans ce nouvel arrêt, maintient sa jurisprudence qui depuis est restée invariable; c'est toujours sur l'article 913 qu'elle se fonde pour écarter l'article 1094, celui-ci ne pouvant être invoqué que par l'époux (1).

369. Les nombreux arrêts de cassation rendus en cette matière attestent une vive résistance des cours d'appel contre une jurisprudence qui date de 1824 (2); la plupart ont fini par céder; il y en a qui maintiennent leur opinion (3), mais les plaideurs finissent par se lasser dans une lutte où ils sont sûrs de succomber; comme nous le dirons plus loin, les parties intéressées ont préféré tourner la jurisprudence que de la combattre. Les auteurs se sont prononcés la plupart contre la jurisprudence de la cour suprême (4). Nous croyons que la cour de cassation

(1) Cassation, 24 juillet 1839. Rejet, 22 novembre 1843 (Dalloz, n° 857); deux arrêts de cassation, du 4 août 1846, sur les conclusions conformes de Delangle (Dalloz, 1846, 1, 382); cassation, 27 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 1, 37), 11 janvier et 2 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17). Dans le même sens, Rejet de la cour de cassation de Belgique, 24 décembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 31).

(2) Voyez les citations dans le Recueil de Dalloz, 1853, 1, 17, et 1854, 2, 99.

(3) Demolombe, t. XXIII, p. 601, n° 525, et les autorités qu'il cite.

(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 614, note 19, § 689, et les auteurs qui y sont cités pour et contre.

a bien jugé; nos motifs, nous les avons donnés d'avance en établissant le principe. Toutefois, il y a un reproche que les auteurs font à juste titre à la doctrine de la cour suprême, c'est qu'elle est inconséquente. Elle admet le concours des deux disponibles quand l'époux, après avoir disposé en faveur d'un étranger, donne l'excédant du disponible de l'article 1094 à son conjoint; elle rejette le concours quand, après avoir donné à son conjoint, l'époux donne à un étranger dans les limites de l'article 1094, mais en dépassant celles de l'article 913. C'est cette distinction, fondée uniquement sur la date des deux libéralités, que les auteurs attaquent comme entachée d'inconséquence, et nous croyons qu'ils ont raison.

La distinction est nettement formulée dans un arrêt de 1849. Deux époux s'étaient fait donation mutuelle, par contrat de mariage, de la moitié des biens, par le prémourant au survivant, en usufruit. La femme décéda après avoir fait un testament par lequel elle léguait à ses enfants et petits-enfants la totalité des biens dont la loi lui permettait la libre disposition. Ces deux dispositions furent maintenues par la cour de Paris, la dernière jusqu'à concurrence du quart en nue propriété, les deux libéralités réunies n'excédant pas le disponible de l'article 1094. L'arrêt fut cassé. La cour de cassation admet que les deux libéralités, faites simultanément par un seul et même acte, peuvent s'étendre jusqu'au disponible le plus élevé de l'article 1094; elle admet encore ce concours lorsque la dernière libéralité est faite au profit du conjoint; la cour dit que ce cumul est autorisé par une faveur personnelle à l'époux, seul admis à se prévaloir, dans les deux cas, du bénéfice de l'article 1094. Mais le cumul des deux disponibles, jusqu'à concurrence du plus fort, ne saurait avoir lieu lorsque la disposition exceptionnelle au profit de l'époux, permise par l'article 1094, a précédé celle prévue par l'article 913. En effet, toute donation, quel que soit le donataire, s'impute de plein droit sur la quotité ordinaire conformément au principe général; de là suit que si la quotité disponible de l'article 913 se trouve absorbée par la libéralité faite au con-

joint, le droit du donateur est épuisé à l'égard de tous autres que le conjoint lui-même. Dans l'espèce, l'époux avait épuisé son disponible ordinaire en donnant à son conjoint la moitié de ses biens en usufruit, libéralité qui équivalait au quart en propriété, et d'après le nombre des enfants qu'il laissait, son disponible ordinaire n'était que du quart en propriété; il aurait encore pu donner un quart en nue propriété à son conjoint, il ne pouvait plus disposer en faveur d'un étranger, puisque à un étranger il ne pouvait donner que le disponible ordinaire de l'article 913, et il avait épuisé ce disponible (1).

La doctrine de la cour de cassation a donc pour unique base la date des libéralités : elle admet le concours des deux disponibles lorsque les deux dispositions faites au profit du conjoint et d'un étranger se trouvent dans un même acte, ou que la donation faite séparément au profit du conjoint est la dernière; elle rejette le concours quand la dernière disposition est faite au profit d'un étranger. Cette distinction est-elle fondée sur les textes ou sur les principes? Les auteurs le nient; ils disent qu'il faut ou admettre le concours dans toutes les hypothèses, pourvu que le donateur ne dépasse pas le disponible le plus élevé et que l'étranger ne reçoive pas au delà du disponible de l'article 913, ou qu'il faut le rejeter dans toutes les hypothèses. Comme la cour de cassation admet le concours quand les dispositions sont simultanées ou que celle faite au profit de l'époux est la dernière, elle aurait dû l'admettre aussi lorsque la libéralité faite au profit de l'époux est la première. En effet, si les deux disponibles peuvent concourir, si l'époux peut disposer du disponible le plus élevé de l'article 1094 en faveur du conjoint tout ensemble et en faveur d'un étranger, on ne voit pas de raison pour laquelle il ne pourrait pas toujours donner le disponible le plus élevé. Il n'en peut disposer, dit la cour de cassation, qu'au profit du conjoint; c'est notre avis, mais il faut être conséquent et décider, comme le fait M. Delangle, que l'époux ne peut jamais donner la quotité la plus éle-

(1) Cassation, 7 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 95).

vée qu'à son conjoint, qu'il ne peut pas, comme nous l'avons dit, diviser ce disponible entre son conjoint et un étranger; car ce serait, en définitive, faire profiter l'étranger, aux dépens des réservataires, d'un disponible exceptionnel qui n'a été établi qu'au profit du conjoint; il en profitera dès qu'il y a concours, quelle que soit la date des libéralités, en ce sens que, dans toute hypothèse, les réservataires se trouvent réduits par la présence d'un étranger et d'un conjoint, alors que la loi ne permet de réduire leur réserve que par une donation faite à l'époux. Notre conclusion est que la cour de cassation, pour être conséquente, devrait rejeter le concours des deux disponibles dans tous les cas; et les auteurs disent que pour être conséquente, elle devrait l'admettre dans toutes les hypothèses (1).

370. Le système consacré par la jurisprudence a donné lieu à une difficulté sur laquelle la cour de cassation a hésité. Elle admet le concours quand la disposition faite en faveur de la femme est la dernière. Que faut-il décider si les deux dispositions sont faites dans un même acte, mais par des clauses séparées : sont-elles simultanées ou sont-elles successives? Dans un excellent rapport fait à la cour de cassation, le conseiller rapporteur Mesnard avouait que l'arrêt du 9 novembre 1846 paraissait tenir compte de l'ordre dans lequel se trouvent écrites, dans le même acte, les deux libéralités. Il ne lui est pas difficile de réfuter cette distinction aussi contraire au bon sens qu'à l'équité. Les termes dans lesquels il s'exprime font même penser qu'il n'était pas très-convaincu que le système de la cour, fondé sur la différence de date des deux dispositions, fût conforme aux vrais principes. Nous transcrivons le rapport, c'est un des éléments du débat qui n'a pas encore reçu sa solution définitive :

« Que la condition de date soit déterminante lorsque les dispositions sont faites par des actes séparés, *il faut bien l'admettre*, puisque c'est aujourd'hui la base de votre

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 615, note 29, § 689; Demolombe, t. XXIII, p. 603, 606, nos 526 et 527. Comparez ce que Troplong dit en faveur de la jurisprudence, no 2599 (t. II, p. 439).

jurisprudence sur cette question. Mais quand les deux libéralités, au lieu de résulter de deux actes séparés, seront écrites dans le même acte, *eodem tempore, eodem contextu*, faudra-t-il se laisser préoccuper de la question de priorité au point de rechercher minutieusement dans cet acte laquelle des deux libéralités est sortie la première de la bouche ou de la plume du disposant? Faudra-t-il que quelques minutes ou quelques lignes d'intervalle suffisent pour déterminer le sort des libéralités? La quotité la plus élevée sera-t-elle ou non disponible, selon que l'on aura commencé dans l'acte par nommer le conjoint ou l'enfant?... Un grand principe de droit et ses larges conséquences seront-ils ainsi à la merci d'un capricieux arrangement de syllabes et de l'accident le plus vulgaire? *C'était bien assez peut-être* de décider que *la priorité de la disposition*, déterminée par la date de l'acte séparé qui contient cette disposition, *suffirait pour décider du sort ou de l'étendue d'une disposition postérieure*. Vous aurez à vous demander si l'on doit pousser la rigueur de ce système jusqu'au point de ne plus voir de simultanéité dans les clauses d'un même acte et de faire effort pour séparer, par des intervalles de temps souvent arbitraires, des dispositions essentiellement contemporaines, ou auxquelles on ne peut assigner d'autre élément d'antériorité relative que le moment fugitif employé par le disposant pour manifester ou exprimer sa volonté. »

La cour de cassation rendit un arrêt dans le sens du rapport (1); mais le rapport n'est-il pas une critique du système de la cour, qui n'a d'autre base que la distinction des dates auxquelles les deux libéralités sont faites? Des dates différentes peuvent-elles changer le disponible? Le disponible, en cette matière, dépend, non du nombre des réservataires, mais de la qualité des donataires. Cette qualité change-t-elle selon que l'un des donataires est gratifié avant ou après l'autre?

371. Si la jurisprudence est inconséquente, on peut

(1) Rejet, 20 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 14), et Rejet, chambre civile, 12 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 1, 164). Comparez Troplong, t. II, p. 443, nos 2606 et 2607.

faire un autre reproche à la doctrine, c'est l'incertitude. Les théories nouvelles de Benech ont continué à rendre incertaine une matière qui est difficile, parce que le législateur a négligé de décider les difficultés qu'elle présente. Nous avons dit plus haut que la jurisprudence et la plupart des auteurs ont repoussé les innovations que proposait l'ingénieux auteur quant au montant du disponible. Benech a aussi sa théorie sur le concours des deux disponibles. Nous devons nous borner à la mentionner; quelques auteurs l'ont adoptée, d'autres la combattent ou n'en tiennent aucun compte; elle n'a pas pénétré dans la jurisprudence. Ce serait augmenter l'obscurité qui règne sur le disponible entre époux que d'exposer, pour la réfuter, une opinion qui n'a pas trouvé faveur. Il y a bien assez de controverses inévitables; on peut se dispenser d'en créer d'imaginaires qui se perpétuent au sein de l'école sans avantage aucun pour la science.

Voici la distinction proposée par Benech et adoptée par M. Demolombe. Lorsque la disposition a pour objet un droit de propriété, elle doit être imputée sur le disponible ordinaire de l'article 913, et elle le diminue ou l'épuise, de sorte que si l'époux fait une libéralité en faveur d'un étranger, elle sera réductible ou caduque. Si, au contraire, la disposition est faite en usufruit, elle doit être imputée sur le disponible spécial de l'article 1094 et, par suite, la quotité disponible en propriété de l'article 913 reste intacte (1). Les éditeurs de Zachariæ ont réfuté cette distinction que Proudhon déjà avait mise en avant; nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage de MM. Aubry et Rau (2). Nous n'ajouterons qu'un mot : on conçoit que le disponible varie d'après la qualité et le nombre des réservataires; c'est le droit commun formulé par les articles 913 et 915. On conçoit encore que le disponible ordinaire soit modifié par faveur pour le donataire : tel est le disponible exceptionnel de l'article 1094 établi au profit du conjoint. Mais on ne comprend pas que le disponible varie

(1) Benech, p. 260 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 587, nº 521.
(2) Aubry, et Rau, t. V p. 615, note 20 § 689.

selon que le donateur dispose en propriété ou en usufruit : l'usufruit n'a-t-il pas sa valeur aussi bien que la propriété? On a critiqué l'option que l'article 1094 donne à l'époux, option qui est basée sur la distinction entre la disposition en usufruit et la disposition en propriété; que serait-ce si l'on transformait cette anomalie en règle? C'est ce qu'a fait Benech, et cela suffit, à notre avis, pour rejeter son opinion.

§ V. *De la réduction.*

N° 1. PRINCIPE.

372. L'article 1094 établit un disponible exceptionnel. Si ce disponible est dépassé, les libéralités seront-elles nulles ou réductibles? Un époux n'ayant point d'enfants donne à son conjoint tous ses biens; il meurt laissant des enfants. On a prétendu que la disposition est absolument et entièrement nulle. Cette opinion des auteurs des *Pandectes françaises* est restée isolée; l'erreur est évidente. Le code contient des règles générales sur la quotité disponible et sur la réduction des libéralités qui l'excèdent; il déroge ensuite au droit commun en ce qui concerne la quotité des biens dont un époux peut disposer en faveur de son conjoint, mais il ne déroge pas aux principes qui régissent la réduction. Ces principes, généraux de leur nature, reçoivent leur application à tous les cas où le disponible, quel qu'il soit, aura été dépassé par le donateur. Qu'importe que le donateur ait dépassé le disponible exceptionnel ou le disponible ordinaire? Les libéralités excessives, dans l'un et l'autre cas, seront sujettes à réduction; c'est ce que dit l'article 920 qui porte : « Les dispositions, soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession. » Cette disposition, générale de sa nature, s'applique au disponible exceptionnel comme au disponible ordinaire; la place qu'occupe l'article 1094 ne saurait faire de différence à cet égard; si la classification du code était logique, l'arti-

cle 1094 aurait dû être placé dans la section I[re] du chapitre III, mais le code n'est pas un manuel; peu importe donc l'ordre dans lequel les diverses dispositions sont classées, le disponible reste toujours le disponible; par suite s'il est dépassé ou absorbé, il y a lieu de réduire les libéralités excessives, et la réduction est régie par les principes généraux de droit (1).

373. Les donations entre époux se font d'ordinaire par contrat de mariage. Si ces libéralités dépassent le disponible ou l'absorbent, les époux ne peuvent plus rien donner à un étranger, pas même à un enfant commun. Cependant le désir de favoriser l'établissement des enfants porte les parents à leur faire des donations. On demande si l'époux donataire peut renoncer, en faveur des enfants, au bénéfice de la libéralité qui lui a été faite. La question suppose qu'il s'agit d'une donation de biens à venir, ou d'un don de survie quelconque. Nous y avons répondu d'avance. Tant que le donateur vit, le donataire n'a qu'un droit éventuel sujet à caducité par son prédécès; renoncer à un droit de succession avant l'ouverture du droit, c'est faire une convention sur une succession future; or, la loi prohibe sévèrement les pactes successoires (n° 225). La renonciation à un droit de survie ne peut donc se faire qu'après l'ouverture du droit; elle serait nulle si l'époux donataire y renonçait du vivant du donateur, quand même ce serait dans le contrat de mariage de l'enfant. Après la mort du donateur, le donataire peut accepter la libéralité ou y renoncer. S'il accepte, il ne peut plus revenir sur son acceptation; donc toute renonciation postérieure serait inopérante. Mais s'il n'a pas accepté, il peut renoncer; naît alors la question de savoir à qui profite la renonciation. Elle profite aux donataires postérieurs et aux légataires, et non aux héritiers *ab intestat*. C'est ce que nous avons dit en traitant de la caducité de l'institution contractuelle (n° 246). La jurisprudence est en ce sens.

(1) Grenier, t. III, p. 437, n° 450, et tous les auteurs. Rejet, chambre civile, 12 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 1, 164).

Il a été jugé, en principe, que lorsque le conjoint renonce aux avantages que lui faisait son contrat de mariage, la quotité disponible de l'époux donateur reste entière en faveur des donataires, notamment des enfants que le conjoint a dotés (1). La cour de Riom a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Un époux fait à son conjoint, par contrat de mariage, une donation qui épuise le disponible ordinaire de l'article 913. D'après la jurisprudence de la cour de cassation, il ne pouvait plus faire de libéralité à un de ses enfants; la donation ultérieure que le même époux fit à l'un de ses enfants par préciput tombait donc, puisque pour un étranger il n'y avait plus rien de disponible. Dans l'espèce, l'époux donataire renonça à une partie de son gain de survie dans le but de valider la libéralité faite à l'enfant. Il a été jugé que la libéralité consentie en faveur de l'enfant reprenait sa force jusqu'à concurrence de la fraction du disponible restée libre par cette renonciation (2).

Il s'est présenté un cas plus compliqué. Un époux donne par contrat de mariage la moitié en usufruit de ses biens à son conjoint; il lui lègue ensuite ce même usufruit dans un testament où il lui donne en plus une somme de 5,000 francs et lègue à l'un de ses enfants la nue propriété du quart de ses biens. Le conjoint donataire pouvait s'en tenir à sa donation et répudier le legs; dans ce cas, le legs fait à l'enfant tombait en vertu de la jurisprudence de la cour de cassation, parce que la donation faite au conjoint épuisait le disponible ordinaire de l'article 913. Mais l'époux donataire n'avait aucun intérêt à prendre ce parti; il était intéressé, au contraire, à accepter le testament, puisqu'il y trouvait le même avantage et, de plus, un legs de 5,000 francs. D'un autre côté, en renonçant à la donation, l'époux donataire rendait à son conjoint la disposition de la quotité disponible; et il pouvait la donner, en vertu de la jurisprudence, à son conjoint et à son enfant, au premier l'usufruit de la moitié de ses biens, au

(1) Douai, 4 mai 1865 (Dalloz, 1867, 1, 502).
(2) Riom, 6 mai 1846 (Dalloz, 1846, 2, 207). Comparez Bordeaux, 5 février 1844 et Agen, 22 avril 1844 (Dalloz au mot *Dispositions*, n° 817, 2°).

second le quart en nue propriété. Restait à savoir si l'époux donataire avait le droit de faire cette option et de valider par là un legs qui aurait été caduc s'il avait accepté la donation. On prétendit que la renonciation du conjoint donataire était faite en fraude de la loi. La cour de cassation jugea qu'elle était valable. Dans l'espèce, l'époux donateur n'avait pas épuisé le disponible de l'article 1094, puisqu'il aurait pu donner à son conjoint une moitié en usufruit et, en outre, un quart en nue propriété. Il n'avait pas même épuisé le disponible ordinaire qui était du tiers en toute propriété, le donateur ayant laissé deux enfants; il pouvait donc encore disposer, soit au profit de son conjoint d'un quart en nue propriété, soit au profit d'un de ses enfants de la différence entre une moitié en usufruit, c'est-à-dire un quart en pleine propriété et le tiers. La cour en conclut que rien ne l'empêchait de régler à nouveau sa succession par un testament qui disposait du plus fort disponible en faveur du conjoint et de l'un des enfants, ce que la jurisprudence autorise. Quant au conjoint donataire, il était héritier contractuel et pouvait, par conséquent, renoncer à son droit. La renonciation étant valable, il en résultait qu'il pouvait accepter le legs, et il avait intérêt à l'accepter; or, celui qui fait ce qu'il a droit et intérêt à faire ne peut pas être accusé d'avoir fait fraude à la loi (1). Toujours est-il que c'est un moyen d'éluder la jurisprudence, en validant une libéralité que la jurisprudence déclare caduque. Mais, dans l'espèce, on ne pouvait pas dire que la loi était violée.

374. Il suit de là que les réservataires n'ont pas l'action en réduction, quand le conjoint renonce à la donation faite à son profit, si leur réserve reste entière, telle qu'elle est déterminée par l'article 913; en effet, ils n'ont le droit d'agir que lorsque les libéralités excèdent le disponible et entament leur réserve (art. 920). Vainement dirait-on que lorsque l'époux a donné à son conjoint le disponible de l'article 1094, les libéralités qu'il fait postérieurement tombent, et qu'il ne peut pas dépendre du

(1) Rejet, 3 juin 1863 (Dalloz, 1864, 1, 32).

conjoint donataire de les valider ou de les invalider. Cela serait vrai si les libéralités étaient nulles, mais elles sont simplement réductibles; les enfants réservataires ne peuvent donc agir que si les libéralités sont excessives. On a encore objecté que la renonciation du conjoint constituait un avantage indirect au profit de celui des enfants qui est donataire et dont la donation devient efficace par suite de cette renonciation. Cela est vrai; mais la question ne peut être soulevée qu'après la mort du conjoint renonçant, puisque ce n'est qu'à sa mort que se règlent les droits des enfants sur sa succession (1).

375. Qui peut demander la réduction? L'article 921 dit que la réduction ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, que les donataires et légataires ne peuvent demander la réduction ni en profiter. Ce principe est-il applicable dans le cas où l'époux a disposé du disponible de l'article 1094, au profit de son conjoint et d'un étranger, sans entamer la réserve de l'enfant? La jurisprudence est divisée. Il a été jugé que l'article 921 ne doit recevoir son application que lorsqu'on est dans le cas de l'article 913, mais qu'il n'en saurait être ainsi dans le cas de l'article 1094. En effet, dit la cour de Paris, le principe de l'article 921 est dominé par le principe général que l'intérêt est la mesure des actions. De là suit que les héritiers réservataires seuls peuvent demander la réduction dans le cas de l'article 913, puisque leur réserve est entamée et que l'action en réduction a pour objet de la compléter. Au contraire, dans le cas de l'article 1094, les réservataires sont hors de cause, puisqu'on suppose que leur réserve est restée entière; les donataires et légataires peuvent alors demander la réduction, parce qu'ils ont intérêt à le faire (2).

La cour de Bordeaux a jugé, en sens contraire, que l'action en réduction est personnelle à l'enfant réservataire; que toute autre personne ne peut, quel que soit son intérêt, ni l'exercer, ni même en profiter quand elle est

(1) Toulouse, 15 avril 1842; Bordeaux, 5 février 1844; Agen, 22 avril 1844 (Dalloz, n° 844, 1° et 2°).
(2) Paris, 10 décembre 1864 (Dalloz, 1864, 2, 106).

exercée (1). Cette décision n'a point prévalu. La cour de cassation a jugé que les donataires et légataires peuvent agir en réduction, dans le cas de l'article 1094, alors même que l'enfant ne pourrait pas agir, puisque sa réserve n'est point entamée, et telle est aussi l'opinion enseignée par les auteurs (2). A vrai dire, l'action en retranchement que les donataires ou légataires intentent dans le cas prévu par l'article 1094 n'est pas une action en réduction, car l'action en réduction proprement dite implique une atteinte portée à la réserve; et, dans l'espèce, on le suppose, la réserve est intacte. Si la réserve était entamée, on rentrerait dans le cas de l'article 921, les réservataires seuls auraient le droit d'agir (3). Dans le cas de l'article 1094, le débat ne s'agite qu'entre les donataires et légataires. Voici l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation. Un époux fait donation à son conjoint, par contrat de mariage, de l'usufruit de tous ses biens. La donatrice décède laissant un seul enfant et des testaments par lesquels elle léguait à son mari la toute propriété des biens provenant de la succession de son père et la toute propriété de sa part dans les bénéfices de leur communauté d'acquêts; elle faisait, en outre, des legs particuliers au profit de diverses personnes. La donation et les legs excédaient les quotités disponibles fixées par les articles 913 et 1094. Un débat s'éleva entre le conjoint et les autres légataires sur la réduction de la donation et des legs. La réserve de l'enfant n'était pas contestée : il avait droit à la moitié des biens et personne ne songeait à attaquer ce droit. Les légataires demandaient la réduction des libéralités faites au conjoint; ils prétendaient qu'ils avaient le droit d'obliger le conjoint à se restreindre au disponible de l'article 1094. Le conjoint opposait aux légataires l'article 921. Cette fin de non-recevoir ne fut pas admise par la cour; l'avocat général explique très-bien pourquoi l'article 921 n'était pas applicable. Dans le cas de cet

(1) Bordeaux, 2 avril 1852 et 7 décembre 1858 (Dalloz, 1863, 2, 125).
(2) Duranton, t. VIII, p. 352, n° 327. Troplong, t. II, p. 431, n° 2586. Aubry et Rau, t. V, p. 577, et note 3, § 685.
(3) Cassation, 5 août 1846 (Dalloz, 1846, 1, 372).

article, la lutte s'engage entre le disponible et la réserve, et comme le réservataire a seul droit et intérêt à maintenir sa réserve intacte, on comprend que les donataires et légataires n'aient pas qualité pour demander la réduction d'une disposition qui ne lèse que l'héritier réservataire. Dans l'espèce, la réserve était assurée; le débat existait entre deux disponibles : le disponible général de l'article 913 comprenant la moitié des biens en propriété, et le disponible spécial de l'article 1094, qui ne comprend que le quart en propriété et le quart en usufruit ou la moitié en usufruit seulement. Les légataires étrangers avaient seuls droit au disponible le plus large; pour exercer leur droit, ils devaient renfermer le conjoint, qui n'avait droit qu'au disponible plus restreint, dans les limites de ce disponible. Ce n'était pas agir en réduction, puisque la réserve était hors de cause, c'était demander la distribution des deux disponibles; le droit des légataires étrangers, à cet égard, était le même que celui du conjoint. Dès lors il fallait écarter l'article 921 et attribuer à chaque partie intéressée sa part dans le disponible (1). Nous dirons plus loin comment le partage a été fait (n° 380).

N° 2. COMMENT SE FAIT LA RÉDUCTION.

I. *Évaluation de l'usufruit.*

376. Nous avons cité à plusieurs reprises des décisions judiciaires qui évaluaient l'usufruit à la moitié de la propriété. On a contesté ce droit aux tribunaux. La cour de cassation de Belgique a rejeté cette singulière prétention. Lorsque les libéralités, au lieu de consister dans une quotité des biens du disposant, ont pour objet un usufruit ou une rente viagère, il est indispensable de les évaluer en prenant pour base une unité de valeur qui ne saurait être que la pleine propriété. La loi n'avait pas besoin de donner ce droit aux juges, ils l'ont par la force

(1) Rejet, chambre civile, 4 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 10). Dans le même sens, Toulouse, 1er février 1827 (Dalloz, n° 863).

des choses, car ils ne peuvent décider les contestations qui leur sont soumises qu'en procédant à cette évaluation, Il faut qu'ils constatent si les dispositions excèdent ou non la quotité disponible; or, le disponible général est fixé en propriété; lors donc qu'il s'agit de savoir si les libéralités faites en usufruit dépassent ou non ce disponible, il faut de toute nécessité les évaluer en pleine propriété (1).

377. La difficulté consiste à déterminer ce que vaut l'usufruit comparé à la propriété. La loi de frimaire le considère comme valant la moitié du fonds (2). Cette disposition est-elle une règle obligatoire pour le juge en toute matière? La négative est certaine. C'est dans l'intérêt du fisc que la loi de frimaire a établi une règle fixe. Cette règle, bien que fondée sur les faits, aboutirait à des conséquences absurdes si on l'appliquait aux relations des particuliers et notamment au disponible; l'usufruit légué à un homme de vingt ou trente ans peut valoir la moitié du fonds, mais il serait ridicule d'en dire autant de l'usufruit donné à un vieillard de quatre-vingt-dix ans (3).

Les tribunaux n'étant liés par aucune loi, peuvent estimer l'usufruit d'après les circonstances de chaque cause, c'est-à-dire en prenant en considération l'âge de l'usufruitier et l'état de sa santé. Rien n'empêche le juge d'appliquer par analogie la règle établie par la loi de frimaire; il y a un grand nombre de décisions judiciaires en ce sens (4). Parfois les arrêts sont conçus dans des termes trop absolus. Ainsi la cour d'Amiens dit que rien n'étant plus incertain que la durée de la vie de l'homme, il vaut mieux s'en tenir à la loi de frimaire que d'admettre dans chaque espèce une évaluation qui serait tout à fait arbitraire (5); c'est dire que la loi de l'an VII doit toujours recevoir son application, sinon comme règle obligatoire, du moins comme autorité de raison. Mais cette autorité

(1) Rejet, 24 décembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 31).
(2) Loi du 22 frimaire an VII, art. 15, §§ 7 et 8.
(3) Proudhon, *Des droits d'usufruit*, t. I, p. 456, n° 364.
(4) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, n°s 836 et 837.
(5) Amiens, 5 mars 1840 (Dalloz, n° 837).

de raison pourrait aboutir à des conséquences déraisonnables, comme nous venons de le dire. Il faut donc rejeter même l'application analogique de la loi de frimaire, en principe, sauf aux tribunaux à suivre la règle qu'elle trace lorsqu'elle est en harmonie avec les faits et les circonstances, et à s'en écarter lorsque l'âge et les infirmités de l'usufruitier diminuent la valeur de l'usufruit.

La jurisprudence est en ce sens. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Douai, les premiers juges avaient évalué l'usufruit d'après la loi de frimaire; c'était une exagération manifeste, car l'usufruitier était une femme âgée de quatre-vingt-trois ans. La cour décida qu'il y avait lieu d'estimer l'usufruit seulement au quart de la propriété (1). Dans une autre espèce, la cour d'Agen a évalué l'usufruit de la moitié des biens, non au quart de l'hérédité, comme on le demandait, mais au neuvième (2). La même cour a décidé que l'usufruit donné à une femme de quatre-vingt-trois ans ne valait pas plus qu'un huitième de la succession en pleine propriété (3). Cela est sans doute arbitraire, mais l'arbitraire est dans la nature des choses, et mieux vaut, en cette matière, l'arbitraire du juge que l'arbitraire de la loi. La cour de cassation dit très-bien qu'il faut s'en rapporter à la prudence et à la sagesse des juges du fond (4).

378. Nous donnerons quelques applications empruntées à la jurisprudence ; elles serviront d'exemple pour le mode d'après lequel on opère la réduction des libéralités excessives. Un époux donne à son conjoint le disponible de l'article 1094 en usufruit : peut-il encore faire des libéralités à un étranger? Non, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, à moins que le disponible de l'article 913 ne soit supérieur à celui de l'article 1094 ; il faut, par conséquent, évaluer l'usufruit en propriété. Il a été jugé que l'époux qui laisse deux enfants et qui a donné à son conjoint la moitié de ses biens en usufruit peut encore

(1) Douai, 14 juin 1852 (Dalloz, 1853, 2, 89). Comparez les arrêts cités par Dalloz, n° 838, au mot *Dispositions*.

(2) Agen, 16 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 8).

(3) Agen, 12 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 17).

(4) Cassation, 18 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 396).

disposer, en faveur d'un étranger, de la différence qui existe entre le disponible de l'article 1094 et celui de l'article 913; la moitié en usufruit équivalant au quart en propriété, il pouvait encore donner la différence du quart au tiers (1).

Par contrat de mariage les futurs époux se donnent, à titre de gain de survie, l'usufruit de tous les biens qu'ils laisseront à leur décès; deux enfants naissent de cette union. Puis le mari lègue à sa femme l'usufruit de la moitié de tous ses biens et à sa fille, par préciput, un tiers en pleine propriété. Quel est le disponible et comment devait-il être distribué entre le conjoint et la légataire? Le disponible entre époux est fixe, la moitié en usufruit ; le défunt ayant disposé en usufruit, la donation de l'usufruit de tous les biens se trouvait réduite à l'usufruit de la moitié; la cour évalua cet usufruit au quart en propriété; la femme prenait donc, en vertu de la donation portée au contrat de mariage, le quart en propriété; le disponible ordinaire était du tiers, restait pour la fille la différence du tiers au quart, partant le legs du tiers se trouvait réduit au douzième (2).

Un époux laissant deux enfants lègue à son conjoint tout ce dont la loi lui permet de disposer en usufruit, et à l'un de ses enfants le surplus de la quotité disponible. Le legs en usufruit comprenait la moitié des biens ou un quart en propriété; le disponible général étant d'un tiers, il restait à l'enfant, comme nous venons de le dire, un douzième en propriété. Mais ce douzième devait se prendre sur la moitié des biens grevée d'usufruit au profit de la femme; l'enfant ne pouvait donc avoir son legs qu'en nue propriété. La cour prit pour base de l'évaluation de la nue propriété la règle établie par la loi de frimaire pour l'usufruit, c'est-à-dire qu'elle doubla la part en nue propriété, en allouant à l'enfant légataire d'un douzième en propriété deux douzièmes en nue propriété (3).

(1) Agen, 9 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 51) et 10 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 5, 333).
(2) Agen, 5 décembre 1861 (Dalloz, 1864, 2, 97).
(3) Paris, 31 mai 1861 (Dalloz, 1863, 2, 91).

II. *Mode de réduction.*

379. Pour déterminer le mode de réduction, il faut distinguer deux hypothèses. La première et la plus simple est celle où l'époux n'a fait de disposition qu'en faveur de son conjoint. Dans ce cas, la réduction se fait d'après l'article 1094, quand le donateur a dépassé le disponible fixé par loi. S'il laisse des enfants, le disponible varie ; le donateur peut donner à son conjoint un quart en propriété, plus un quart en usufruit ; s'il veut disposer en usufruit, il ne peut lui donner que l'usufruit de la moitié des biens. C'est d'après les termes de l'acte que l'on décidera si l'époux a voulu disposer en propriété et en usufruit ou en usufruit seulement, et la réduction se fera en conséquence.

Un époux fait à son conjoint, par contrat de mariage, donation d'une rente viagère de 400 francs et de l'usufruit de son mobilier. La fille demande la réduction de la libéralité, comme excédant le disponible de l'article 1094. Fallait-il réduire jusqu'à concurrence du moindre disponible ou du disponible le plus élevé? La cour se prononça pour le disponible le plus élevé, c'est-à-dire pour une valeur d'un quart en propriété de tous les biens, plus un quart en usufruit ; elle invoque par analogie l'article 917 qui oblige le réservataire d'abandonner au donataire tout ce qui aurait pu lui être donné, s'il ne veut pas exécuter la disposition en usufruit ou en rente viagère. Puisque la fille prétendait, dit l'arrêt, que la libéralité excédait le disponible, il était juste qu'elle abandonnât tout le disponible à son père. L'argument n'est pas décisif ; c'est l'intention du donateur qui doit être prise en considération ; or, on ne peut pas dire que celui qui donne l'usufruit du mobilier et une rente viagère entend donner l'usufruit de tous ses biens, plus un quart en nue propriété. D'après la rigueur du droit, il aurait fallu procéder à une évaluation de la rente et de l'usufruit pour estimer ce que le conjoint avait voulu donner. La cour décida *à priori* que le conjoint avait droit au disponible le

plus élevé et ordonna ensuite d'estimer la donation et de réduire, s'il y avait lieu, la rente viagère (1).

L'époux donne à son conjoint l'usufruit de tous les immeubles qu'il délaissera à son décès : il meurt laissant deux enfants. La disposition était-elle excessive? Il a été jugé que la veuve n'avait droit qu'à l'usufruit de la moitié des immeubles. L'arrêt ne donne d'autre motif, sinon que la disposition ayant été faite en usufruit, la donataire ne pouvait réclamer que la moitié de l'usufruit qui lui avait été donné. La veuve réclamait le disponible le plus élevé, en vertu de l'article 917. Cette dernière disposition devait être écartée, comme nous l'avons dit (n° 356) plus haut; mais la réduction n'était-elle pas excessive? L'article 1094 permet de donner à l'époux l'usufruit de tous les biens, plus un quart en nue propriété ; il fallait évaluer l'usufruit des immeubles avant de décider s'il dépassait ou non le disponible : c'est seulement après l'évaluation de la chose donnée, qu'on pouvait comparer la valeur de ce dont l'époux avait disposé, avec ce dont il avait le droit de disposer, puis réduire ce qu'il y avait d'excessif (2).

Quand la disposition porte sur tous les biens, la réduction se fait facilement. Un époux donne par contrat de mariage l'usufruit de tous ses biens à son conjoint. Survient un enfant; la donation est réduite à la moitié en usufruit. Le conjoint ne pouvait pas dans ce cas réclamer le disponible le plus élevé, parce que l'intention du donateur était clairement manifestée; il n'avait rien voulu donner en propriété, c'est dire qu'il entendait que les biens restassent dans sa famille et que son conjoint n'eût que la jouissance, une jouissance aussi étendue que la loi le permet; or, quand il y a des enfants, le conjoint ne peut recevoir que l'usufruit de la moitié des biens. C'est donc à cette moitié que la donation doit être réduite (3).

La réduction est plus difficile quand les libéralités faites

(1) Rouen, 8 avril 1853 (Dalloz, 1853, 2, 217).
(2) Orléans, 12 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 2, 148).
(3) Rejet, chambre civile, 4 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 10). Comparez Agen, 5 décembre 1861 (Dalloz, 1864, 2, 97). Voyez p. 421, note 2.

au conjoint ne portent pas sur tous les biens, mais sur des universalités distinctes. Une femme décède, laissant une fille; elle avait légué à son mari la propriété de tous ses meubles et l'usufruit de tous ses immeubles. Y avait-il lieu à réduction et comment devait-elle se faire? Le premier point n'était pas contesté par les parties; elles reconnaissaient que les deux dispositions excédaient la quotité disponible et qu'il y a avait lieu de les réduire. Elles ne s'accordaient pas sur le mode de réduction. La testatrice avait disposé en propriété et en usufruit, il fallait donc voir si la disposition en propriété excédait le disponible en propriété. L'époux pouvait donner à son conjoint, outre la moitié en usufruit de tous ses biens, un quart en nue propriété de ces mêmes biens; quelle était la valeur comparative du legs en propriété de tous les meubles et du quart en propriété de tous les biens? C'est en ces termes que la cour de cassation formule la question litigieuse. La cour de Bordeaux n'avait pas procédé ainsi; comme la testatrice n'avait disposé en propriété que du mobilier, la cour pensait qu'il fallait réduire le legs à un quart du mobilier. Sa décision fut cassée, comme violant les articles 922 et 1094 (1). Le disponible entre époux porte sur tous les biens; quand il s'agit de déterminer si ce disponible est dépassé, il faut, comme le veut l'article 922, former une masse de tous les biens existant au décès de l'époux donateur; il fallait donc calculer le quart en propriété, jusqu'à concurrence duquel il y avait lieu de réduire le legs sur l'hérédité tout entière, meubles et immeubles.

380. La difficulté augmente quand l'époux a fait des dispositions au profit de son conjoint et d'un étranger. Nous avons dit dans quels cas la cour de cassation admet le concours des deux disponibles. Il faut nous placer sur le terrain de cette jurisprudence pour déterminer le mode de réduction. La question est controversée. Un arrêt

(1) Cassation, 28 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 214). Comparez, dans le même sens, Caen, 14 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 209). On a proposé deux autres modes de faire la réduction; voyez la note de Dalloz, 1862, 2, 209, et Demolombe, t. XXIII, p. 634, n°s 543-546.

récent de la cour de cassation a formulé le système généralement admis. Nous avons fait connaître les faits de la cause (n° 375). Une dame donne à son mari, par contrat de mariage, l'usufruit de tous ses biens; elle laisse un enfant à son décès. Par deux testaments elle avait fait des legs en propriété à son mari et à des étrangers. Ces libéralités excédaient les deux disponibles des articles 913 et 1094. De là débat entre les donataires; l'héritier à réserve était hors de cause. La difficulté était de savoir s'il fallait appliquer au concours des deux disponibles l'article 926, d'après lequel la réduction doit se faire au marc le franc sur la masse des biens qui restent dans le disponible. Le pourvoi soutenait que l'article 926 était applicable au cas prévu par l'article 1094. Cette disposition suppose que les libéralités qui doivent être réduites sont toutes de même nature et que tous les légataires ont des droits égaux sur les valeurs qui doivent être distribuées entre eux. Il en est ainsi quand il s'agit du disponible ordinaire : on fait alors une masse de tous les biens et chacun des légataires vient sur cette masse au marc le franc et au *prorata* de son legs. Il en est tout autrement si l'on admet le concours de deux disponibles; dans ce cas les droits des légataires ne sont pas les mêmes; les uns, les légataires étrangers, ont droit à tout ce qui reste du disponible général; l'autre, le conjoint, n'a droit qu'à une partie de ce disponible; en effet, à l'égard des légataires étrangers, le disponible est de la moitié en propriété de tous les biens, tandis que le disponible de l'époux ne comprend qu'un quart en propriété et un quart en usufruit.

Si l'on écarte, comme on le doit, l'article 926, comment se distribuera le disponible entre les légataires? Le conjoint était donataire, par contrat de mariage, de l'usufruit de la moitié des biens, l'usufruit intégral qui lui avait été donné étant réduit à la moitié par la survenance d'un enfant. En propriété, il pouvait encore recevoir le quart en nue propriété de tous les biens, en vertu de l'article 1094. Les légataires étrangers, au contraire, pouvaient recevoir la nue propriété de la moitié des biens, puisque, à

leur égard, le disponible est de la moitié, en propriété, réduit, dans l'espèce, à la moitié en nue propriété par la donation de l'usufruit. La conséquence est qu'il y a un quart en nue propriété sur lequel le conjoint n'avait aucune espèce de droit, puisque sa femme n'avait pu en disposer à son profit, et, par conséquent, il ne pouvait pas concourir sur ce quart avec les légataires étrangers. C'est d'après ces principes que la cour d'Orléans avait procédé. Elle décida que les légataires étrangers prélèveraient un quart en nue propriété pour eux seuls; eux seuls y avaient droit, le conjoint ne pouvant pas concourir avec eux sur ce quart. L'autre quart appartenait à titre égal aux légataires étrangers et au conjoint. Donc sur ce quart les légataires, s'ils n'étaient pas remplis de ce qui leur revenait par le premier quart, devaient concourir avec le conjoint chacun au *prorata* de son legs. Pour ce quart, l'article 926 recevait son application, parce que le droit de tous les légataires était de même nature et portait sur les mêmes biens (1).

ARTICLE II. Du disponible quand l'époux laisse des enfants d'un premier lit.

§ Ier. *Principe.*

381. Aux termes de l'article 1098, l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage, ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et sans que, dans aucun cas, ses libéralités, au profit de cet époux, puissent excéder le quart des biens. Cette disposition a sa source dans les édits des empereurs chrétiens. Dans l'antiquité païenne, les seconds mariages étaient vus avec faveur; on les considérait comme favorables à la moralité tout ensemble et au bien de l'Etat par l'accroissement de population qu'ils procuraient. Le spiritualisme chrétien changea le cours des idées : saint Paul ne

(1) Rejet, chambre civile, 4 janvier 1869, et le réquisitoire de l'avocat général Blanche (Dalloz, 1869, 1, 10). Sur la jurisprudence, voyez Dalloz, *ibid.*, note 6 de la page 10.

considérait le mariage que comme un remède contre l'incontinence; quant aux seconds mariages, ils étaient flétris presque comme une prostitution légale (1). Cependant l'Eglise ne les prohiba point, et le législateur civil n'avait pas le droit de les défendre, mais il chercha à les entraver, tandis qu'il a toujours favorisé le mariage. De là les édits des empereurs chrétiens. La femme veuve ayant des enfants et qui se remariait devait conserver tous les biens qu'elle avait reçus de son mari pour les rendre aux enfants de son premier lit; elle n'en avait que l'usufruit, les enfants étaient nus propriétaires. Cette disposition fut étendue aux veufs. De plus, l'époux qui se remariait ne pouvait donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant le moins prenant (2).

Ces lois étaient observées dans les pays de droit écrit. Un édit de François II, connu sous le nom d'*Edit des secondes noces*, les étendit aux pays de coutumes. Le chancelier de L'Hôpital, auteur de l'édit, flétrit énergiquement les seconds mariages dans le préambule : « Les veuves ne connaissant point être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, et sous prétexte de faveur du mariage, leur font donations immenses, mettent en oubli le devoir de nature envers leurs enfants de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles doivent s'éloigner par la mort des pères, que les voyant destitués du secours et aide de leurs pères, elles devraient, par tout moyen, s'occuper à faire le double office de père et de mère; desquelles donations, outre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfants, s'ensuit la désolation des bonnes familles et conséquemment diminution de la force de l'état public. »

Les auteurs du code civil étaient loin du spiritualisme chrétien qui inspirait encore L'Hôpital; ce qui les préoccupe exclusivement, c'est le sort des enfants du premier

(1) Voyez les passages des Pères de l'Église qui sont rapportés dans mon *Étude sur le christianisme*, 2e édition.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Secondes noces*, t XXI, p. 161, § 1, n° 3. Van Wetter, *Institutes*, t. II, p. 198.

lit. Il est certain que les malheureux enfants sont d'ordinaire les victimes des seconds mariages de leur père ou de leur mère; ils souffrent dans leurs intérêts moraux et pécuniaires. Le législateur doit donc veiller à ce que, du moins, ils ne soient pas dépouillés au profit du second époux et d'une famille étrangère. De là la limite qu'il met aux donations que l'époux qui se remarie est trop disposé à faire à son nouveau conjoint. Le code ne reproduit pas la disposition de l'édit de 1560 qui ordonnait aux époux de réserver aux enfants du premier lit les biens qu'ils avaient reçus à titre gratuit de leurs conjoints; cette espèce de substitution était contraire à un principe fondamental de notre législation, celui de l'égalité qui doit régner entre les enfants d'un même père ou d'une même mère (1).

382. Le législateur restreint le disponible ordinaire dans l'intérêt des enfants d'un premier lit. S'il n'y a pas d'enfants du premier mariage, on ne se trouve pas dans le cas de l'exception et, par conséquent, on rentre sous l'empire du droit commun de l'article 1094. L'article 1098 dit : « L'homme ou la femme qui, *ayant des enfants d'un autre lit,* contracte un second mariage, etc. » A s'en tenir à la lettre de la loi, il faudrait dire qu'il suffit qu'il y ait des enfants lors du second mariage pour qu'il y ait lieu au disponible exceptionnel des secondes noces. Mais cette interprétation serait contraire à la tradition et aux vrais principes. L'édit ne s'appliquait que lorsqu'il restait des enfants du premier lit à la mort de l'époux qui se remariait. Les principes le veulent ainsi ; c'est lors du décès d'une personne que l'on détermine la quotité de biens dont elle a pu disposer; cela est vrai du disponible entre époux (art. 1090), aussi bien que du disponible ordinaire (art. 913, 915 et 920). D'ailleurs, c'est uniquement dans l'intérêt des enfants que la loi limite le disponible; s'il ne reste pas d'enfants ou s'ils décèdent, la restriction de l'article 1098 n'a pas de raison d'être (2).

(1) Séance du conseil d'État, du 27 ventôse an XI, n° 37 (Locré, t. V, p. 276). Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, n° 89 (Locré, t. V, p. 338). Rapport de Jaubert, n° 89 (Locré, t. V, p. 363).
(2) Grenier, t. IV, p. 370, n° 680, et tous les auteurs.

383. L'article 1098 dit : « L'homme ou la femme qui, *ayant des enfants*, etc. » Faut-il qu'il y ait plus d'un enfant? Non, certes. Un seul enfant mérite la protection de la loi aussi bien qu'un plus grand nombre. Le texte même de l'article 1098 prouve que telle est la pensée du législateur. Après avoir dit que l'époux ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant, la loi ajoute : et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. Cette dernière restriction a précisément en vue le cas où l'époux donateur laisserait un ou deux enfants ; une part d'enfant formerait alors la moitié ou le tiers; le législateur la réduit au quart (1).

384. Le mot *enfant* comprend-il les descendants? Oui, et sans doute aucun. L'édit de 1560 ajoutait : *ou enfants de leurs enfants*. Pothier dit que les coutumes, notamment celle d'Orléans, avaient retranché ces termes comme superflus, les petits-enfants étant suffisamment compris sous le nom d'enfants. Une loi romaine le décidait ainsi, et tel est l'avis de tous les auteurs modernes (2).

385. Il suffit que l'enfant soit conçu, quand même il ne naîtrait qu'après la célébration du second mariage, pour que l'article 1098 soit applicable. L'enfant conçu est censé né quand il s'agit de son intérêt. Donc le législateur lui doit sa protection. Cela ne fait pas de doute (3).

386. L'existence d'un enfant naturel ne donnerait pas lieu à l'application de l'article 1098. Si le législateur restreint le disponible, c'est en faveur des enfants d'un premier lit, donc en faveur des enfants légitimes; le texte exclut les enfants naturels : à leur égard le disponible reste dans les termes du droit commun (4).

Que faut-il décider si l'enfant naturel est légitimé par le mariage de ses père et mère? Troplong répond que les enfants légitimés ont le droit d'invoquer notre article, parce qu'ils comptent comme enfants du mariage qui les a légitimés. Sans doute, et ils feront nombre pour le cal-

(1) Duranton, t. IX, p. 826, n° 800 et tous les auteurs.
(2) Grenier, t. IV, p. 370, n° 679. Dalloz, n° 868.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 620, et note 5, § 690.
(4) Paris, 5 juillet 1854 (Dalloz, 1856, 2, 289).

cul du disponible. Mais il est certain qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de l'article 1098 pour demander la réduction à titre d'enfants d'un premier lit, à moins qu'ils n'aient été légitimés par le mariage précédent (1).

§ II. *Du disponible spécial de l'article* 1098.

387. L'article 1098 restreint le disponible ordinaire, en le limitant à une part d'enfant et en ajoutant que la libéralité ne peut jamais excéder le quart des biens. Comment faut-il entendre cette restriction lorsque l'époux contracte un troisième ou quatrième mariage? La question est controversée. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi la décident. Le commencement de l'article suppose que l'homme ou la femme, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou *subséquent* mariage; c'est donc en vue d'un ou de plusieurs nouveaux mariages qu'il statue, en réduisant le disponible à *une part d'enfant légitime le moins prenant*. Quand cette part est-elle fixée? A la mort de l'époux donateur; on compte alors tous les enfants nés des diverses unions et on fixe la part du donataire ou des donataires à *une part* d'enfant légitime; la loi ne dit pas qu'il y a autant de parts que d'époux donataires, il n'y en a qu'une, bien que le texte prévoie qu'il puisse y avoir plusieurs donations; ces donations, dit l'article 1098, ne peuvent, en aucun cas, excéder le quart des biens. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur le sens du texte. Si le législateur restreint le disponible quand un époux se remarie, c'est dans l'intérêt des enfants du premier lit; ils souffrent encore davantage quand après un second mariage, l'époux en contracte un troisième ou un quatrième : raison décisive pour restreindre le disponible, en faveur des enfants, à une part d'enfant que le donateur pourra donner à ses nouveaux conjoints, mais sans qu'il puisse multiplier les parts d'après le nombre des mariages.

La tradition confirme cette interprétation. L'édit de

(1) Troplong, t. II, p. 483, n° 2700. Aubry et Rau, p. 620 et note 6.

1560 portait : « Ne peuvent donner à leurs nouveaux maris plus qu'à un de leurs enfants. » Sur ce texte Pothier remarque que l'édit ne dit pas : ne peuvent donner à *chacun* de leurs nouveaux maris; il en conclut que les veuves ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont plusieurs, plus qu'une part d'enfant. C'est pourquoi, ajoute Pothier, si une femme avait donné à son second mari l'équivalent d'une part d'enfant, les donations qu'elle ferait aux autres seraient entièrement nulles; ayant donné au second tout ce que la loi lui permettait de donner à ses nouveaux maris, il ne lui restait plus rien à donner aux autres (1).

Il y a un motif de doute, c'est que le code ne reproduit pas les termes de l'édit. L'article 1098 ne dit pas : *à leurs nouveaux maris*; il dit : *à son nouvel époux*. De là Duranton conclut que l'époux pourra disposer, au profit de ses conjoints, du disponible ordinaire avec cette seule restriction que chacun d'eux n'aura pas au delà d'une part d'enfant le moins prenant. Cette interprétation n'a pas trouvé faveur. Si la loi ne reproduit pas les termes de l'édit, elle en reproduit le sens, puisqu'elle suppose que l'époux contracte plusieurs mariages ; il y a donc dans ce cas plusieurs époux, et néanmoins la loi ne dit pas que le donateur peut donner *à chacun d'eux* une part d'enfant, ce qui est décisif d'après la remarque de Pothier (2).

388. L'article 1098 restreint à tous égards le disponible dans le cas d'un second ou subséquent mariage. C'est une part d'enfant qu'il permet de donner, mais avec la restriction que c'est une part d'enfant le *moins prenant*. Si donc l'un des enfants avait reçu des libéralités par préciput, il faudrait les déduire de la masse sur laquelle doit être calculée la part du nouvel époux ou des nouveaux époux; de cette manière le donataire aura ce qu'obtiennent les enfants non avantagés qui prennent moins que les autres enfants (3). Si la part d'enfant donnait au

(1) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 566.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 632, note 43, et Demolombe, t. XXIII, p. 657, n° 572, et les auteurs en sens divers qu'il cite.
(3) Duranton, t. IX, p. 828, n° 802.

nouveau conjoint plus que le quart, il y aurait une autre restriction, elle serait réduite au quart : c'est le maximum du disponible, en cas de secondes noces, tandis que le disponible ordinaire peut être du tiers ou de la moitié.

La loi fixe le maximum du disponible entre époux ; celui qui se remarie ne peut pas donner plus, mais il va sans dire qu'il peut donner moins. Ainsi la disposition peut ne comprendre que l'usufruit. Le contrat de mariage porte que les futurs époux se font donation réciproque de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles dont le premier mourant pourrait disposer à ce titre. Il a été jugé que la libéralité ne comprend que l'usufruit du disponible, donc l'usufruit d'une part d'enfant (1).

L'époux ne peut pas donner plus. Une veuve, ayant enfants, contracte un nouveau mariage sous le régime dotal combiné avec une société d'acquêts. Elle ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant en propriété sur la totalité des biens qui composent sa succession. Dans l'espèce, elle lui avait donné de plus la jouissance des biens composant la société d'acquêts. C'était dépasser le disponible. On objectait que si les époux s'étaient mariés sous le régime dotal pur, la femme n'aurait eu aucun droit sur le produit des économies faites pendant le mariage, et que par suite le mari en aurait profité. L'arrêt répond que les époux n'ont pas fait ce qu'ils avaient le droit de faire, qu'ayant stipulé une communauté d'acquêts, la femme avait droit à la moitié des acquisitions, et qu'ayant donné à son conjoint l'usufruit de cette moitié de la communauté, outre le quart en propriété, elle avait dépassé le disponible de l'article 1098 (2).

389. D'ordinaire la donation est faite dans les termes de la loi ; celui qui se remarie donne à son conjoint une part d'enfant, c'est tout ce qu'il peut lui donner. Si les enfants du premier lit viennent à prédécéder, à quoi l'époux donataire aura-t-il droit? Dans l'ancien droit, la question était controversée. Sous l'empire du code, on

(1) Poitiers, 27 mai 1851 (Dalloz, 1851, 2, 277).
(2) Rouen, 29 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 94).

décide généralement que la disposition comprendra le quart des biens. C'est, avant tout, une question d'intention, et l'intention se manifeste par les termes de la donation. Il est certain que, dans la prévision de la mort de ses enfants, l'époux qui se remarie peut donner à son conjoint le disponible ordinaire, celui de l'article 1094, quand il y a des réservataires, ou tous ses biens s'il ne laisse ni ascendants ni descendants. La difficulté consiste à déterminer l'étendue de la libéralité quand l'époux donne une part d'enfant; le maximum de cette part, c'est un quart; si l'époux avait plus de trois enfants en se remariant, la part d'enfant ne serait que du cinquième ou moindre encore. Est-ce cette part qu'il a voulu donner à son nouveau conjoint, ou est-ce le maximum du quart? On ne peut pas dire que ce soit un cinquième ou un sixième, puisque le donateur n'a rien précisé; il a donné ce qu'il pouvait donner, il faut donc admettre, avec l'opinion générale, qu'il lui a donné un quart, tel étant le maximum (1).

390. La donation d'une part d'enfant est une donation de biens à venir. Elle ne s'ouvre qu'à la mort du donateur, puisque c'est seulement à sa mort qu'on peut la déterminer. De là suit que l'on doit appliquer à cette donation ce que l'article 1089 dit de la donation des biens à venir, elle devient caduque par le prédécès du donataire; il ne peut rien transmettre à ses enfants, puisqu'il n'a encore aucun droit. Que faut-il décider s'il naît des enfants du nouveau mariage? Sont-ils censés compris dans la donation, comme le dit l'article 1082 de l'institution contractuelle? Dans l'ancien droit, on admettait que les enfants étaient censés substitués vulgairement au donataire. Grenier a tort de suivre la tradition, elle est en opposition formelle avec les textes et avec les principes L'article 1093 décide que la donation de biens à venir faite entre époux ne comprend pas les enfants à naître. Cette disposition s'applique à la donation d'une part d'enfant, puisque c'est une donation de biens à venir. D'un autre

(1) Grenier, t. IV, p. 372, n° 683, et la note d'Ancelot. En sens contraire, Vazeille (t. III, p. 347, art. 1098, n° 12), dont l'opinion est restée isolée.

côté, on ne peut se prévaloir de la présomption établie par l'article 1082, puisque c'est une présomption légale, et les présomptions établies par la loi sont de stricte interprétation; elles n'existent qu'en vertu d'une loi spéciale applicable à certains actes ou à certains faits (art. 1350). Cela décide la question (1).

391. La loi ne frappe pas l'époux qui se remarie d'incapacité de disposer de ses biens à titre gratuit, elle réduit seulement la quotité de biens dont il peut disposer au profit de son nouveau conjoint. Hors le cas de cette restriction, il reste sous l'empire du droit commun. Il peut donc faire des libéralités au profit de toutes autres personnes que son conjoint, en usant de la faculté qui appartient à tout propriétaire de donner ou de léguer ses biens jusqu'à concurrence du disponible. Il faut cependant tenir compte des présomptions d'interposition de personnes que l'article 1100 établit : les personnes présumées interposées sont frappées indirectement d'incapacité, puisqu'elles ne sont pas admises à prouver contre la présomption; toutefois ce dernier principe n'est pas aussi absolu qu'on le dit d'ordinaire; l'aveu et le serment peuvent toujours être invoqués contre les présomptions légales. Nous reviendrons sur ce point, au titre des *Obligations*.

392. Si l'époux fait des libéralités à son nouveau conjoint et à des tiers, comment réglera-t-on les droits des divers donataires? Il ne peut pas être question de cumuler le disponible ordinaire et le disponible de l'article 1098, car l'article 1098 n'établit pas de disponible spécial; il se borne à disposer que l'époux ne peut pas donner le disponible ordinaire à son conjoint, qu'il ne peut lui en donner qu'une fraction. Il n'y a donc qu'un seul disponible sur lequel s'imputent les libéralités que l'époux fait soit à son conjoint, soit à des étrangers.

Si, avant de se remarier, l'époux a déjà fait des libéralités, il faut voir si elles ont ou non épuisé le disponible ordinaire. Dans le premier cas, l'époux ne peut plus rien donner à son conjoint, puisqu'il n'a plus rien à donner à

(1) Toullier, t. III, 1. p. 488, nos 889 et 890, et tous les auteurs, sauf Grenier.

qui que ce soit. S'il n'a pas épuisé son disponible, il peut donner à son conjoint ce qui reste libre, dans les limites de l'article 1098.

Si l'époux n'a pas encore fait de libéralités, il peut donner à son conjoint une part d'enfant; et comme cette part est presque toujours moindre que le disponible ordinaire, il pourra de plus faire des libéralités au profit d'étrangers de la différence entre le disponible de l'article 1098 et celui du droit commun. Il y a un cas dans lequel le disponible de l'article 1098 se confond avec le disponible ordinaire, c'est quand l'époux donateur décède laissant trois enfants; le disponible est alors, à l'égard de tous, du quart. Si donc l'époux a donné à son conjoint cette quotité, il a épuisé son disponible et, par suite, il ne peut plus faire de libéralités.

L'époux donne à son conjoint plus que le disponible de l'article 1098, puis il fait des libéralités au profit d'autres personnes; ces dernières peuvent demander que la donation faite à l'époux soit réduite à une part d'enfant et que l'excédant du disponible leur soit attribué. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit plus haut (n° 375); on ne peut pas opposer aux donataires que la loi ne leur permet pas de demander la réduction des libéralités excessives; l'article 921 n'est pas applicable quand la réserve est intacte et qu'il s'agit de régler les rapports des donataires entre eux.

Enfin si l'époux a fait des legs au profit de son conjoint et au profit d'étrangers, et que ces libéralités excèdent le disponible ordinaire, on applique les règles générales qui régissent la réduction, c'est-à-dire que tous les legs sont réduits au marc le franc. On commence, dans ce cas, par réduire le legs fait au nouvel époux à une part d'enfant, car il ne peut jamais recevoir que cela; et, dans l'espèce, il ne peut pas la recevoir entière, parce que le donateur a fait d'autres libéralités sur son disponible, et en dépassant le disponible; toutes doivent donc être réduites proportionnellement (1).

(1) Duranton, t. IX, p. 840, n° 815. Aubry et Rau, t. V, p. 631 et suiv., et note 42. Demolombe, t. XXIII, p. 651, n°s 567-569.

393. Comment se détermine la part d'enfant à laquelle le conjoint donataire a droit? Il s'agit de savoir quels sont les enfants qu'il faut compter pour fixer la part d'enfant qui peut être donnée au nouvel époux. Dans l'ancien droit, on comptait tous les enfants laissés à sa mort par l'époux qui se remariait, non-seulement ceux du premier lit, mais aussi ceux du deuxième ou subséquent mariage. Le texte de l'article 1098 est conçu dans le même sens que l'édit de 1560; il parle d'une *part d'enfant*, donc l'époux doit être compté au nombre des enfants quels qu'ils soient; il n'y a aucune raison pour distinguer les enfants du second lit de ceux du premier.

C'est l'opinion générale (1), sauf le dissentiment de Proudhon (2). Il dit que les enfants du premier lit peuvent seuls demander la réduction des libéralités excessives faites au nouvel époux; de là il conclut que c'est uniquement dans leur intérêt que la réduction se fait, que partant eux seuls doivent être comptés. Cette interprétation n'a pas trouvé faveur; elle introduit dans la loi une distinction que les principes condamnent aussi bien que la tradition. En effet, l'opinion de Proudhon aboutit à établir deux masses, l'une, d'après l'article 1098, en faveur des enfants du premier lit, l'autre, d'après l'article 1094, pour les enfants du second lit; le disponible de l'article 1094 étant plus élevé que celui de l'article 1098, il en résulterait que les enfants du second lit auraient une part moindre que ceux du premier dans la succession de leur père ou de leur mère. Or, cette inégalité est en opposition avec les principes fondamentaux de notre législation; c'est pour maintenir l'égalité entre les enfants des deux lits que les auteurs du code ont rejeté la disposition de l'édit de 1560 qui attribuait aux enfants du premier lit, au préjudice de ceux du second, les biens que l'époux avait reçus de son premier conjoint. Par la même raison il faut repousser la distinction que Proudhon établit, et qui créerait aussi un privilége que rien ne justifie (3).

(1) Grenier, t. IV, p. 400, n° 696, et tous les auteurs.
(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 423.
(3) Bordeaux, 17 août 1853 (Dalloz, 1854, 2, 22).

Si l'un des enfants est prédécédé laissant des descendants, ceux-ci sont comptés pour une seule tête. Dans l'ancien droit, on distinguait; lorsqu'il y avait des descendants de plusieurs enfants prédécédés, chaque souche comptait pour un enfant. Mais lorsqu'un enfant unique venait à prédécéder laissant des descendants, ceux-ci comptaient par tête, de sorte que le second conjoint recevait une part du moins prenant des petits-enfants. Cette distinction ne peut plus être admise, elle est contraire au texte et à l'esprit du code. Quand il s'agit de calculer la réserve des enfants, l'article 914 veut que les descendants ne soient comptés que pour l'enfant qu'ils représentent; ce qui veut dire que la réserve des descendants d'un enfant unique est celle qu'aurait eue leur père. Il en doit être de même dans le cas de l'article 1098; aussi la loi ne dit-elle pas que l'époux donataire prend une part d'enfant ou de petit-enfant, elle lui donne une part d'enfant (1).

Les enfants renonçants ou indignes sont-ils comptés? On suit le principe général que la loi établit pour la réserve ordinaire. Le principe est controversé. Nous avons admis que les enfants renonçants et indignes ne font pas nombre pour calculer le disponible de l'article 913; il en doit être de même du disponible spécial de l'article 1098. Dans le dernier cas, il ne saurait y avoir de doute; c'est une part d'enfant qui constitue le disponible, ce qui suppose des enfants qui prennent part. Or, les renonçants et les indignes sont considérés comme n'ayant jamais été héritiers; étrangers à la succession, ils ne peuvent pas faire nombre pour déterminer la part à laquelle l'époux a droit en qualité d'enfant. S'il y a des enfants naturels, leur concours a pour effet de diminuer la part des enfants légitimes; or, d'après l'article 1098, l'époux ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. De là suit qu'il faut distraire de la masse la part à laquelle les enfants naturels ont droit; de même que l'on déduit les donations par préciput que

(1) Grenier, t. IV, p. 405, nos 704 et 705, et tous les auteurs.

l'époux donateur a faites à l'un des enfants, comme nous l'avons dit plus haut (n° 388).

Quand le nombre d'enfants est déterminé, on y ajoute le nouveau conjoint; de sorte que s'il y a cinq enfants, le nouveau conjoint aura un sixième. Un tribunal avait alloué dans cette hypothèse un cinquième au conjoint donataire; il en résultait que les enfants avaient moins qu'un cinquième et, par conséquent, le conjoint donataire avait plus qu'une part d'enfant. L'erreur était évidente : elle a été corrigée par la cour d'appel (1).

§ III. *De la réduction des dispositions excessives.*

N° 1. QUELLES LIBÉRALITÉS SONT RÉDUCTIBLES.

394. Toute donation faite au nouveau conjoint est réductible. La loi montre, en cette matière, une sévérité plus grande que lorsqu'il s'agit de la réserve et du disponible ordinaires. Par quelque acte et de quelque manière que l'époux ait avantagé son nouveau conjoint, cet avantage est sujet à réduction. Ce principe résulte des textes mêmes du code. L'article 1099 porte que les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par l'article 1098. Il y a des avantages indirects que la loi ne compte pas parmi les libéralités réductibles quand il s'agit de la réserve ordinaire; tels sont les avantages que le régime matrimonial procure à l'un des époux; le contrat de mariage est considéré comme un contrat onéreux, et les avantages que procure un contrat onéreux ne sont pas sujets à réduction. Il en est autrement quand il existe des enfants d'un premier lit; à leur égard, les avantages sont réductibles (art. 1496 et 1527). Nous reviendrons sur ces dispositions au titre du *Contrat de mariage*.

La loi est conçue dans un esprit de sévérité, elle doit être appliquée dans le même esprit. Un époux admet sa seconde femme à concourir avec lui dans l'acquisition

(1) Agen, 14 avril 1837 (Dalloz, n° 895, 1°).

d'un immeuble bien que, mariée sous le régime de séparation, elle ne possédât rien lors du mariage et qu'elle n'eût rien acquis pendant le mariage. Il a été jugé que le mari avait fait à sa femme un avantage indirect, réductible en vertu de l'article 1098 (1). Deux époux, mariés sous le régime dotal, achètent conjointement, et chacun pour moitié, un immeuble; la femme, n'ayant aucune ressource qui lui fût propre, n'avait pu payer sa part dans le prix qu'avec les revenus du mariage commun; ces revenus étant la propriété exclusive du mari, la déclaration de l'acte équivalait, en ce cas, à une donation indirecte faite par le mari à la femme, libéralité réductible, d'après l'article 1098, quand elle excède une part d'enfant (2). Nous dirons plus loin dans quels cas la libéralité indirecte est nulle.

395. Les libéralités se font d'ordinaire par contrat de mariage ou pendant le mariage. Parfois l'époux qui se remarie fait à son conjoint des donations avant que le mariage soit célébré et en dehors du contrat de mariage. Pothier dit que lorsqu'une veuve fait une donation à un homme qu'elle épouse depuis en secondes noces, on doit présumer facilement que la libéralité a été faite en considération du second mariage, quoique l'acte ne fasse aucune mention du mariage; cette libéralité est, en conséquence, sujette à réduction; sans cela, dit Pothier, il y aurait une voie ouverte pour éluder l'édit des secondes noces. Le cas s'est présenté devant la cour de Liége. Un veuf fait, le jour même de son contrat de mariage, une donation au profit des filles naturelles mineures de sa future; cette libéralité, dit la cour, a été faite évidemment en vue de l'union projetée; donc elle était sujette à réduction (3).

Pothier ajoute une restriction que commandent le droit et l'équité. Lorsque les circonstances résistent absolument à cette présomption, dit-il, si par exemple, le donataire avait contracté un autre mariage, après la dissolution duquel il se serait marié avec la donatrice, on

(1) Angers, 15 janvier 1846 (Dalloz, 1849, 5, 120).
(2) Toulouse, 26 février 1861 (Dalloz, 1861, 2, 58).
(3) Liége, 4 février 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 88).

ne pourrait plus présumer que la donation a été faite en vue d'une union que, lors de l'acte, il était impossible de prévoir. Le mot *présumer* dont Pothier se sert ne doit pas être pris à la lettre, il n'y a point de présomption légale en cette matière, et les présomptions de l'homme ne sont applicables que lorsqu'il y a fraude; la fraude ne se présume pas, elle doit être prouvée, mais elle peut l'être par des présomptions simples (1).

396. Les dons mutuels entre époux sont-ils sujets à réduction? Pothier suppose que les donations réciproques sont égales tant par rapport à la valeur des biens donnés que par rapport aux chances de survie. Il dit qu'il y a une raison de douter, ces donations étant des espèces de contrats intéressés de part et d'autre, de la classe des contrats aléatoires. Nous avons dit ailleurs que le code civil n'a pas admis cette théorie; il range les dons mutuels parmi les donations, et Pothier décide la même chose dans le cas de secondes noces. Il dit très-bien que l'intention des parties n'est pas de faire un contrat aléatoire et intéressé; c'est l'affection que les époux ont l'un pour l'autre qui les porte à se faire mutuellement des libéralités, donc elles sont sujettes à réduction dans l'intérêt des enfants du premier lit. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Telle est aussi l'opinion générale sous l'empire du code (2).

397. Les donations rémunératoires sont des avantages réductibles dans la mesure de la libéralité qu'elles renferment. Si les services ne sont pas appréciables à prix d'argent, la donation sera une libéralité pour le tout. Si les services sont appréciables, de sorte que le donataire qui les a rendus aurait pu agir en justice pour en demander le payement, la donation ne sera une libéralité que jusqu'à concurrence de ce dont la valeur des choses données excède la valeur du prix des services en récompense desquels la donation a été faite.

(1) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 548. Toullier, t. III, 1, p. 480, n° 876, et tous les auteurs.

(2) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 546; Aubry et Rau, t. V, p. 620 et note 9, et tous les auteurs. Toulouse, 21 décembre 1821 (Dalloz, n° 877); Bordeaux, 16 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 23).

Il faut faire une distinction analogue pour les donations onéreuses. La charge est d'ordinaire appréciable à prix d'argent; on déduit le montant de la charge, et l'excédant est sujet à réduction (1).

N° 2. QUI PEUT DEMANDER LA RÉDUCTION.

398. La restriction que l'article 1098 apporte aux libéralités que l'époux peut faire à son conjoint constitue une augmentation relative de la réserve au profit des enfants, en ce sens que l'époux ne peut pas disposer au delà de la quotité légale; d'où suit que les enfants dans l'intérêt desquels les biens sont indisponibles peuvent demander la réduction des libéralités excessives. Nous disons que c'est une augmentation relative de la réserve; les biens que l'époux ne peut donner à son nouveau conjoint ne sont pas frappés d'indisponibilité absolue, puisque l'époux en peut disposer au profit de toutes personnes, sauf son nouveau conjoint; ils sont indisponibles à l'égard des enfants du premier lit. La conséquence est que ces enfants ont le droit de demander la réduction des avantages que l'époux a faits à son conjoint au delà du disponible légal. L'article 1496 le dit, et cela n'est pas douteux. L'action en retranchement est la conséquence naturelle de l'excès des libéralités; et il est tout aussi naturel que l'action en réduction appartienne à ceux au profit desquels la loi déclare les biens indisponibles. C'est l'application du droit commun.

Le droit commun reçoit encore son application en ce qui concerne la question de savoir si les enfants du premier lit doivent accepter la succession pour avoir le droit d'agir. Dans l'opinion que nous avons professée en traitant de la réserve, les réservataires qui renoncent à la succession perdent leur droit à la réserve et sont déchus du droit de demander la réduction des libéralités qui entament ou absorbent la réserve. Il en est de même dans le cas de l'article 1098; ce sont des héritiers réservataires

(1) Pothier, *Du contrat de mariage*, nos 544 et 545.

qui agissent, ils agissent dans le but de compléter la réserve exceptionnelle que leur donne l'article 1098; leur action étant une action en réduction, la conséquence est qu'ils doivent être héritiers; s'ils renoncent, ils perdent le droit d'agir (1).

399. Les enfants du second lit ont-ils aussi le droit de demander la réduction? On admet généralement qu'ils n'ont pas le droit d'agir, mais qu'ils profitent de la réduction opérée sur la demande des enfants du premier lit. On leur refuse le droit d'agir, parce que ce n'est pas dans leur intérêt que la loi restreint le disponible; à leur égard, l'époux qui se remarie conserve le disponible ordinaire; donc les libéralités qu'il fait ne portent pas atteinte à leurs droits; dès lors ils ne peuvent pas avoir l'action en retranchement. C'est ce que dit implicitement l'article 1496, qui n'accorde l'action qu'aux enfants du premier lit. Cela est logique; mais, par contre, n'est-ce pas une inconséquence de dire que les enfants du second lit, tout en n'ayant pas le droit d'agir, profitent du retranchement qui se fait sur la demande des enfants du premier lit? Non, car si les enfants du premier lit profitaient exclusivement de l'action, ils auraient une part plus grande dans la succession de leur père ou mère que les enfants du second lit, ce qui violerait le principe fondamental de l'égalité qui doit régner entre les enfants d'un même père, alors même qu'ils sont nés de mariages différents. Proudhon objecte que les enfants ne peuvent pas profiter d'une action qu'ils n'ont pas le droit d'intenter. On répondait déjà, dans l'ancien droit, que cette apparente anomalie n'est pas une inconséquence; tout ce qui résulte du principe que Proudhon invoque, c'est que le droit d'agir ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit; mais une fois ouvert, un autre principe, celui de l'égalité, veut que les enfants profitent tous des biens dont leur père n'a pas pu disposer. Vainement insiste-t-on en disant qu'il a eu le droit d'en disposer à l'égard des enfants du second

(1) Toullier, t. III, 1, p. 482, nº 880, et tous les auteurs, sauf ceux qui admettent que l'action en réduction appartient aux enfants en cette qualité (Troplong, t. II, 1, p. 490, nº 2724).

lit; il est certain que s'il n'en avait pas disposé, les enfants du second lit les auraient partagés en concours avec les enfants du premier lit; or, le retranchement doit avoir pour effet de remettre l'hérédité dans l'état où elle eût été si le disponible n'avait pas été dépassé. Cela nous paraît décisif (1).

400. Faut-il aller plus loin et dire que les enfants du second lit peuvent agir lorsque l'action est ouverte dans la personne des enfants du premier lit? On suppose que ceux-ci restent dans l'inaction; les enfants du second lit pourront-ils agir? L'action est ouverte en ce sens que les enfants du premier lit ont le droit de l'intenter. S'ils renonçaient, ils seraient censés n'avoir pas existé; par suite il n'y aurait pas d'enfants du premier lit, donc pas d'action. Mais ils sont héritiers, et ils n'agissent point. Nous croyons que, d'après la rigueur du droit, les enfants du second lit ne pourraient pas agir; ils n'ont pas ce droit, et l'inaction des enfants du premier lit ne le leur donne point (2). Ce qui nous engage à adopter l'opinion contraire, c'est que, dans l'ancien droit, on permettait aux enfants du second lit d'agir au défaut des enfants du premier lit; telle était la jurisprudence coutumière, et les auteurs du code n'ont fait que consacrer la tradition (3).

N° 3. COMMENT SE FAIT LA RÉDUCTION.

401. Les libéralités qui excèdent le disponible de l'article 1098 ne sont pas nulles, elles sont seulement réductibles. Il faut donc appliquer les principes généraux qui régissent la réduction (4), notamment en ce qui concerne la formation de la masse. Cette application soulève quelques difficultés.

L'article 923 dit que l'on réunit fictivement aux biens

(1) Orléans, 27 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 234). Aubry et Rau, t. VI, p. 630, et notes 39 et 40, et tous les auteurs, sauf Proudhon, t. I, p. 423, n° 347.

(2) C'est l'opinion de Marcadé, t. IV, p. 247, article 1098, n° V, suivi par Boutry, *Des dispositions entre époux*, n° 451.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 631 et note 41. Duranton, t. IX, p. 845, n° 817.

(4) Colmar, 19 février 1845 (Dalloz, 1846, 2, 197).

qui existent lors du décès du donateur ceux dont il a disposé par donation entre-vifs. On demande si l'époux donataire peut exiger que les biens donnés à l'un des enfants soient rapportés fictivement pour déterminer le montant de la masse sur laquelle doit se calculer le disponible. Il y a un motif de douter ; l'époux n'est pas un réservataire, il ne peut donc pas invoquer l'article 922. D'un autre côté, l'article 921 dit que les donataires ne peuvent demander la réduction ni en profiter ; et l'article 857 dit aussi que le rapport n'est pas dû aux légataires. On répond que l'époux ne demande ni le rapport ni la réduction. Il demande qu'on détermine la quotité de biens dont son conjoint a pu disposer à son profit ; or, cette quotité est une fraction du patrimoine de l'époux donateur ; il faut donc que l'on reconstitue ce patrimoine, en y comprenant fictivement les biens qui en sont sortis par donation. Si l'on n'y comprenait pas les biens donnés entre-vifs, l'époux donataire aurait moins que ce que la loi permet de lui donner ; il a droit à une part d'enfant ; et la part d'enfant se calcule sur tout le patrimoine du défunt, formé d'après les règles de l'article 922 ; donc la part de l'époux doit être calculée d'après les mêmes bases, sinon il n'aurait pas une part d'enfant (1).

Nous supposons que la donation dont l'époux donataire demande le rapport fictif est faite sans dispense de rapport. Si c'était une libéralité préciputaire, il faudrait appliquer la restriction que l'article 1098 apporte au droit de disposer de l'époux qui se remarie ; il ne peut donner à son second conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant, ce qui implique que si l'un des enfants est donataire par préciput, cette libéralité doit être déduite de la masse sur laquelle se calcule la part des enfants non avantagés et, par suite, celle du mari. Cela n'est pas douteux lorsque la donation par préciput a été faite avant la donation de la part d'enfant. Mais si l'époux, après avoir fait une donation à son nouveau conjoint, fait ensuite une libéra-

(1) Troplong, t. II, p. 486, n° 2710 ; Aubry et Rau, t. V, p. 627 et note 34. Paris, 20 février 1809 (Dalloz, n° 915, 1°).

lité préciputaire, ou, ce qui revient au même, s'il gratifie un étranger, faudra-t-il encore déduire cette donation de la masse? Il y a un motif de douter, c'est que l'époux a fait une libéralité irrévocable à son conjoint; or, ce serait y porter atteinte indirectement si les donations postérieures devaient être déduites de la masse sur laquelle se calcule le disponible, car cette masse étant moindre, la part d'enfant serait aussi amoindrie. On répond, et la réponse est péremptoire, qu'il s'agit de fixer le montant de ce dont l'époux peut disposer; or, il ne peut disposer que d'une part d'enfant *le moins prenant;* il n'y a donc rien d'absolu dans la libéralité qu'il fait au second conjoint; c'est une part d'enfant, moins les avantages que le donateur a faits ou peut faire à un enfant ou à un étranger, partant on ne peut pas dire qu'en faisant des libéralités il révoque la donation qu'il a faite à son conjoint; il use du droit qu'il a de donner jusqu'à concurrence de son disponible ordinaire, et sur ce disponible l'époux donataire ne peut prendre qu'une part d'enfant le moins prenant (1).

Il reste une difficulté sur laquelle il y a controverse. Les libéralités préciputaires faites à un enfant excèdent le disponible ordinaire; l'époux donataire peut-il demander que l'excédant soit réuni à la masse sur laquelle la part d'enfant doit être calculée? L'affirmative nous paraît certaine. Le principe est que l'époux a droit à une part d'enfant; pour calculer sa part, il faut donc l'assimiler à un enfant; il compte pour un enfant, il a donc, pour la détermination de sa part, les mêmes droits que les enfants avec lesquels il concourt. Or, ceux-ci profitent incontestablement de la réduction qui est opérée sur les donations excessives; donc l'époux en doit aussi profiter, au moins en ce sens que les biens qui rentrent dans la succession par suite de la réduction sont compris dans la masse sur laquelle se calcule sa part. Nous ne disons pas que l'époux peut réclamer les biens retranchés, car il est donataire, et non réservataire; or, les donataires ne peuvent ni de-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, p. 545, nº 278 *bis* VII. Demolombe, t. XXIII, p. 653, nº 569. Paris, 19 juillet 1833 (Dalloz, nº 916)

mander la réduction ni en profiter (art. 921). Que veut l'époux donataire? La part d'enfant que la loi permet de lui donner; il n'aurait pas cette part si les biens retranchés sur les donations excessives restaient en dehors de la masse. Cela nous paraît décisif (1).

402. Les dispositions faites en usufruit donnent lieu à une difficulté particulière. D'après l'article 1098, le disponible est fixé à un quart en pleine propriété. Cela n'empêche pas l'époux de faire à son conjoint une donation en usufruit. Il faut voir d'abord quelle est l'étendue de cette libéralité, c'est-à-dire si le donateur a voulu donner seulement l'usufruit du disponible ou s'il a entendu donner tout le disponible, mais en usufruit, au lieu de le donner en toute propriété. Ceci est une question d'interprétation; le juge décidera d'après les termes de l'acte quelle a été l'intention du donateur. Il a été jugé que l'époux qui laisse trois enfants et qui donne à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens, lui donne précisément le disponible, si, comme on le suppose, cet usufruit équivaut au quart en propriété (2).

Mais l'évaluation de l'usufruit est très-incertaine; pour prévenir les contestations qui s'élèvent entre les héritiers à réserve et les donataires ou légataires en usufruit, l'article 917 décide que si les réservataires prétendent que la disposition d'un usufruit ou d'une rente viagère excède le disponible, ils auront l'option, ou d'exécuter cette disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. L'article 917 est-il applicable au cas où c'est un époux qui dispose au profit de son nouveau conjoint? Oui, et sans doute aucun. En effet, l'article 1098 n'établit pas un second disponible autre que celui de l'article 913; il défend seulement à l'époux de donner tout ce disponible à son conjoint, sauf dans un seul cas, quand l'époux donateur décède laissant trois enfants. C'est donc

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 628, note 35. En sens contraire, Grenier et Troplong (Dalloz, n[os] 916, 917).

(2) Rejet, 21 juillet 1813 (Dalloz, n° 856). Comparez Poitiers, 2 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 277). Douai, 22 mars 1836 (Dalloz, n° 922, 1°); Rejet, 1[er] avril 1844 (Dalloz, n° 922, 2°).

sur le disponible ordinaire que l'époux fait ses libéralités. Donc, pour le calcul du disponible on reste sous l'empire du droit commun. Cela est évident quand le disponible de l'article 1098 est identique avec le disponible de l'article 913; cela est encore certain quand l'époux ne peut pas donner tout le disponible ordinaire; les règles générales sur la composition de la masse et le calcul du disponible n'en restent pas moins les mêmes. Vainement objecterait-on que, d'après la jurisprudence, l'article 917 n'est pas applicable à l'article 1094 qui règle aussi le disponible entre époux; il y a une différence entre l'article 1094 et l'article 1098 : dans le premier cas, la loi elle-même fixe le disponible en usufruit, tandis que l'article 1098 ainsi que l'article 913 le fixent en pleine propriété; donc l'article 1094 déroge au droit commun, en ce sens que l'application de l'article 917 devient inutile; tandis que l'article 1098 maintient le droit commun et, par suite, l'article 917 doit être appliqué si l'on veut éviter l'évaluation arbitraire de l'usufruit. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

On objecte qu'en appliquant l'article 917 aux donations entre époux, la volonté du donateur est faussée; il n'a voulu donner qu'en usufruit, c'est-à-dire qu'il a voulu conserver la propriété des biens dans sa famille; et l'on transforme cet usufruit en propriété, ce qui fait sortir les biens de la famille malgré le donateur. La cour de Gand répond que cette objection fait le procès à la loi, car l'inconvénient que l'on signale est le même dans tous les cas où le donateur a disposé en usufruit, puisque dans tous les cas la volonté du disposant est modifiée; cela n'a pas empêché le législateur de donner l'option aux héritiers réservataires; il y a un plus grand intérêt que celui de modifier la volonté du donateur, c'est de prévenir des procès, dont la décision est nécessairement aléatoire (2).

(1) Douai, 22 mars 1836 (Dalloz, n° 922 1°) et 14 juin 1852 (Dalloz, 1853, 2, 89). Bordeaux, 16 août 1853 (Dalloz, 1854, 2, 22). Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 422, n° 346, et tous les auteurs.

(2) Gand, 11 décembre 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 127). Comparez Caen, 26 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 2, 148).

403. Pour maintenir la volonté du donateur et pour faire droit aux réclamations des réservataires, l'on a proposé de fixer la part d'enfant en usufruit, tout en réduisant la disposition faite en usufruit à une quotité qui équivaille à une part d'enfant. L'époux donne l'usufruit de tous ses biens à son nouveau conjoint; celui-ci, d'après le nombre des enfants laissés par le donateur, a droit au quart en propriété; le conjoint donataire demande qu'on lui accorde la moitié de l'usufruit qui équivaut au quart en propriété. Il a été jugé que cette réduction en usufruit était inadmissible, parce qu'elle n'avait aucune base dans la loi. En principe, la disposition doit être exécutée telle que le donateur l'a faite; s'il a disposé en usufruit, le donataire a droit à l'usufruit. Mais si l'on procédait ainsi, on se heurterait contre des difficultés que le législateur a voulu prévenir; c'est précisément pour empêcher l'évaluation arbitraire de l'usufruit et la réduction tout aussi arbitraire que l'article 917 donne l'option aux héritiers à réserve; il ne leur permet pas de réduire l'usufruit, il leur donne seulement le droit de fournir le disponible en propriété (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bruxelles. Les époux s'étaient fait donation mutuelle, par contrat de mariage, de l'usufruit de tous leurs biens meubles et immeubles au profit du survivant. Les héritiers à réserve refusèrent d'exécuter la disposition en usufruit comme excessive; l'époux donataire réclama l'application de l'article 917. La cour a décidé qu'il fallait consulter l'intention du donateur. Or, dans l'espèce, l'époux, au lieu de donner à son conjoint le quart en propriété, conformément à l'article 1098, lui avait donné l'usufruit de tous ses biens; il avait par là manifesté la volonté de réserver à ses enfants la propriété de ses biens et de ne conférer à son nouveau conjoint qu'un usufruit. La cour en conclut qu'il fallait maintenir la disposition en usufruit, sauf à la réduire (2). C'est, à notre avis, violer l'article 917. On peut toujours

(1) Bordeaux, 3 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 35).
(2) Bruxelles, 9 mars 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 273).

raisonner comme fait la cour de Bruxelles; il est bien évident que celui qui dispose en usufruit ne veut pas disposer en propriété; et s'il laisse des réservataires, il entend conserver la propriété de ses biens dans sa famille; donc en se fondant sur l'intention du donateur, on pourrait et on devrait toujours écarter l'article 917, ce qui aboutit à l'effacer du code. Le donateur n'a qu'un moyen d'empêcher l'application de l'article 917, c'est de déclarer sa volonté pour le cas où il y aurait lieu à réduction; il peut déterminer la part en usufruit qu'il veut laisser à son conjoint en cas de réduction, bien entendu en la fixant de manière que les héritiers réservataires n'aient pas intérêt à réclamer l'application de l'article 917, car dès qu'il dispose en usufruit, il ne peut pas les empêcher d'exercer l'option que cet article leur accorde.

ARTICLE 3. Sanction.

§ Ier. *L'article* 1099.

404. L'article 1099 porte : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. » Puis vient un second alinéa ainsi conçu : « Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées sera nulle. »

L'interprétation de cet article est très-controversée. Nous croyons avec la jurisprudence française que la loi distingue les libéralités indirectes et les libéralités déguisées ou faites à personnes interposées. Les premières sont valables, mais sujettes à réduction; les secondes sont nulles. Un arrêt de la cour de Toulouse établit nettement la distinction. La cour reconnaît qu'en règle générale les dispositions qui dépassent le disponible sont valables, mais réductibles; l'article 920 le dit, et l'article 1099 applique ce principe aux libéralités indirectes. Directement l'époux qui se remarie ne peut donner à son conjoint qu'une part d'enfant; il ne peut pas, dit l'article 1099, lui donner davantage par donation indirecte; il peut donc indirectement lui donner une part d'enfant; mais s'il dé-

passe cette quotité, la donation indirecte sera sujette à réduction comme le serait une donation directe.

Jusqu'ici la loi reste dans les termes du droit commun. Mais la deuxième disposition de l'article 1099 y déroge; elle frappe de nullité les donations déguisées ou faites à personnes interposées. Dire qu'une libéralité est nulle, c'est dire qu'elle ne produit aucun effet. La disposition déguisée ou faite à personnes interposées est donc nulle, même pour la quotité de biens que l'époux aurait pu donner à son conjoint. Quelle est la raison de la différence que l'article 1099 établit entre les donations indirectes en général et les donations déguisées ou faites à personnes interposées? Il faut d'abord préciser ce que la loi entend par donations indirectes, qui sont simplement réductibles, et par donations déguisées, qui sont nulles. La donation indirecte, dit la cour de Toulouse, est celle qui n'a pas été faite en termes directs par le donateur, mais qui résulte indirectement des effets d'un acte qui n'est pas une donation, sans qu'il y ait fraude ni déguisement. Ainsi un cohéritier renonce à une succession, sa portion accroît à son cohéritier; s'il en résulte pour celui-ci un avantage indirect excédant la quotité disponible, cet avantage sera maintenu jusqu'à concurrence de cette quotité, parce qu'il est l'effet d'une renonciation licite faite ouvertement dans la forme solennelle prescrite par la loi, sans déguisement aucun. De même l'époux fait une association avec son conjoint; la société procure à celui-ci des avantages qui excèdent la quotité disponible; les avantages sont maintenus, mais ils seront réductibles; la convention, on le suppose, est faite ouvertement, sans déguisement aucun en faveur du conjoint. La loi elle-même applique ces principes à la communauté légale; s'il en résulte un avantage pour l'un des époux et qu'il y ait des enfants d'un premier lit, ceux-ci auront l'action en réduction; l'avantage est maintenu jusqu'à concurrence du disponible de l'article 1098. Il en est de même de la communauté conventionnelle (art. 1496 et 1527). La donation déguisée, au contraire, est un acte simulé qui présente les apparences d'un contrat à titre onéreux, contrat qui, par sa nature,

n'est pas sujet à réduction, mais l'apparence est mensongère; la véritable intention des parties n'était point de traiter à titre onéreux, elles voulaient faire une libéralité en fraude de la loi, c'est-à-dire une donation qui ne pourrait être réduite, alors même qu'elle excéderait le disponible. Telle était, dans l'espèce jugée par la cour de Toulouse, la donation faite par l'époux à sa femme. Par contrat de mariage, l'époux donateur, qui avait alors quatre enfants d'un premier lit, reconnaissait à sa seconde femme un apport dotal de 80,000 fr., bien que l'apport réel ne fût que de 21,000 fr. Toutes les circonstances de la cause prouvaient l'intention de faire fraude à la loi; pour établir la réalité de l'apport, la femme avait compté en présence du notaire les 80,000 francs et les avait remis à son futur mari; le notaire constata cette numération d'espèces. Or, il se trouva que le futur avait pris les 59,000 francs qui constituaient l'apport fictif de la femme dans une caisse publique, où ils furent rétablis après la passation de l'acte. Il y avait donc donation déguisée, et le déguisement était frauduleux. Quand le donateur, au lieu de donner à son conjoint, donne à une personne interposée pour remettre la chose donnée au conjoint, il a également l'intention de frauder la loi, en ce sens qu'il veut cacher la libéralité et la soustraire, par conséquent, à la réduction : il fait ce que la loi lui défend.

Maintenant on comprendra la rigueur de la sanction. Le législateur pouvait-il permettre que les époux violassent impunément ses prohibitions? C'eût été faire une défense illusoire. Il fallait une sanction. En quoi devait-elle consister? On prétend que le droit de réduire suffisait. Non, ce droit suffit pour les libéralités directes et pour les libéralités indirectes qui se font ouvertement; ceux qui ont le droit de demander la réduction, ayant connaissance des libéralités, ne manqueront pas d'agir; le donateur n'a pas eu la volonté d'empêcher leur action, puisqu'il a fait sa libéralité au vu et au su de tout le monde. Il en est autrement quand il a fait une libéralité déguisée ou cachée; il veut empêcher les réservataires d'en demander la réduction et le plus souvent il réussira, malgré la

sanction de la nullité ; la fraude déjoue la prévoyance du législateur, elle trouve mille moyens de tourner la loi et de l'éluder, mille moyens de déguiser une donation et de la cacher. Si la loi s'était bornée à déclarer la donation réductible, que serait-il arrivé? La fraude se serait donné libre carrière, parce qu'elle n'avait rien à redouter. Si on la découvre, la libéralité sera maintenue, comme si elle avait été faite de bonne foi ; si on ne la découvre pas, le but du fraudeur sera atteint. Il n'y a qu'un moyen de déjouer ce calcul malhonnête, c'est de punir la fraude, en annulant la donation pour le tout. La crainte de voir la libéralité annulée arrêtera le donateur, il préférera donner dans les limites du disponible et ouvertement que de le dépasser, au risque de voir la libéralité annulée tout entière (1).

405. Le système de la nullité, que nous venons d'exposer, domine dans la jurisprudence française (2) ; la cour de cassation l'a consacré, et la plupart des cours d'appel se sont rangées à cet avis. La doctrine est divisée. Il y a des auteurs qui enseignent que les donations déguisées ou à personnes interposées sont nulles d'une nullité absolue, toutefois avec des nuances dans l'application, sur lesquelles nous reviendrons ; d'autres disent que les donations, quoique déguisées ou faites à personnes interposées, sont seulement réductibles (3). Il y a quelques arrêts en faveur de cette opinion (4) ; elle a trouvé un appui considérable dans une décisión de la cour de cassation de Belgique. Le respect que nous avons pour notre cour suprême nous oblige à combattre l'arrêt qu'elle a rendu.

La cour fait un aveu qui condamne d'avance l'interprétation qu'elle donne à la loi ; elle dit que si l'on s'attache exclusivement à la lettre de l'article 1098, il faut ad-

(1) Toulouse, 13 mai 1835, et Rejet, de la chambre civile, 29 mai 1838 (Dalloz, n° 915, 2°).

(2) Voyez les arrêts cités par Dalloz, 1855, 1, 193, et Table alphabétique, t. II, p. 310, n°s 86 et 87. Il faut ajouter Paris, 24 avril 1869 (Dalloz, 1870, 2, 221).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 624, note 24, § 690 ; Dalloz, n° 942 ; Demolombe, t. XXIII, p. 698, n° 614.

(4) Voyez Dalloz, n° 944, et Grenoble. 21 mars 1870 (Dalloz, 1870, 2, 190).

mettre que toute donation entre époux, déguisée ou faite à personnes interposées, est frappée de nullité absolue. Si la lettre de la loi a ce sens, il faut s'y tenir, quelles que soient les considérations que l'on invoque pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Or, la lettre de la loi est, en effet, très-claire; l'article 1098 dit que les donations déguisées ou faites à personnes interposées sont *nulles*, il ne dit pas qu'elles sont réductibles. Quand le texte ne laisse aucun doute, il enchaîne l'interprète : il ne lui est pas permis de s'en écarter (1). Cela est décisif, à notre avis ; dans tout le cours de cet ouvrage, nous suivons comme principe invariable cette règle d'interprétation que les auteurs mêmes du code avaient formulée dans un titre préliminaire : « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit(2). » La cour de cassation de Belgique, comme celle de France, a bien des fois appliqué ce principe; nous éprouvons toujours un profond regret quand nous voyons les cours suprêmes s'en écarter. Non pas que notre cour le répudie ouvertement, mais elle prétend que l'article 1098 présente encore un autre sens, et dès qu'une autre interprétation est possible, l'interprète a le droit de choisir celle qui lui paraît la plus conforme aux principes et à l'esprit de la loi. Voyons quelle est cette interprétation.

Le deuxième alinéa de l'article 1099 ne doit pas être séparé du premier qui en détermine le sens et en fixe la portée. L'article 1099 commence par rappeler le principe général que le donateur ne peut pas faire par voie indirecte ce qu'il lui est défendu de faire directement; qu'il ne peut, par conséquent, pas, par des libéralités indirectes, excéder le disponible de l'article 1098, ce qui implique que s'il le dépasse, les donations excessives sont sujettes à réduction. Puis vient un second alinéa qui, dit la cour, applique ce principe aux avantages indirects qui se présentent le plus fréquemment, aux donations déguisées et

(1) Agen, 5 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 7) : « Quand la loi est claire, il n'y a pas lieu à interprétation. »

(2) Voyez le tome 1er de mes *Principes*, p. 342, n° 273.

par personnes interposées. Ici nous arrêtons la cour. Si, comme elle le dit, le second alinéa ne faisait qu'appliquer le principe posé par le premier, il serait parfaitement inutile, on pourrait l'effacer du code, et effectivement l'interprétation que lui donne la cour aboutit à l'effacer. Le premier alinéa dit : les donations indirectes sont réductibles comme les donations directes. D'après la cour, le deuxième alinéa dirait aussi : les donations déguisées ou faites à personnes interposées sont réductibles. A quoi bon cette application du principe? Qui donc ignore que les donations déguisées ou faites à personnes interposées sont des donations indirectes? Qui a jamais songé à en douter? Le législateur aurait-il pris la peine de faire une application du principe quand cette application allait de soi? Il faut dire plus : elle est tellement évidente, que le législateur ne pouvait pas même penser à la faire. Si donc, après avoir établi le principe, il a cru devoir parler des donations déguisées ou faites à personnes interposées, il faut croire que c'est, non pour répéter que ces donations sont réductibles, mais pour dire autre chose. En effet, il dit autre chose. L'article 1099 dit que la donation déguisée est nulle, et on lui fait dire que la donation déguisée est sujette à réduction; or, une donation simplement réductible n'est pas nulle. On prétend qu'elle est nulle, en ce sens qu'elle ne produit aucun effet, en tant qu'elle excède le disponible. Nous répondons que si tel est le sens du deuxième alinéa de l'article 1099, cette disposition est inutile, plus que cela, inexacte : inutile, puisque le premier alinéa a déjà dit que toute donation indirecte est sujette à réduction : inexacte, car, après avoir dit que toute donation indirecte est réductible, la loi ajouterait que certaines de ces donations le sont. Cela n'a pas de sens. En définitive, le deuxième alinéa n'a plus de raison d'être dans l'interprétation que nous combattons; il faut l'effacer : l'interprète a-t-il ce droit-là?

La cour de cassation n'essaye pas même d'expliquer le deuxième alinéa, elle se borne à soutenir qu'il n'a pas le sens que la lettre de la loi lui donne. Au texte elle oppose la tradition. La disposition de l'article 1098 est emprun-

tée à l'édit des secondes noces, lequel a étendu à tout le royaume les lois romaines que l'on suivait dans le pays de droit écrit. Or, ni le droit romain, ni l'édit, ni l'ancienne jurisprudence, n'annulaient les libéralités excessives ; on ne distinguait pas entre les donations déguisées ou faites à personnes interposées et les donations indirectes, toutes étaient simplement sujettes à réduction. Les auteurs du code n'ont fait que consacrer la tradition en cette matière, il faut donc entendre l'article 1098 dans le sens de l'ancien droit. Pour que la tradition fût décisive, il faudrait d'abord qu'elle fût constante, il faudrait ensuite qu'il fût prouvé que, malgré les termes de l'article 1099 qui annulent la donation, le législateur a voulu seulement la réduire, conformément à la tradition. Or, la tradition n'est point constante. Pothier dit formellement : « Les avantages qui étaient *simulés* et qui n'étaient faits que pour *couvrir* et *déguiser* une donation que l'un des conjoints voulait faire à l'autre, étaient déclarés *nuls;* les autres, qui n'étaient qu'*indirects*, étaient valables; on infirmait seulement l'avantage prohibé qu'ils renfermaient (1). » Voilà la source de l'article 1099. Les travaux préparatoires que l'on invoque ne nous apprennent rien, par l'excellente raison que la question n'a pas été prévue au conseil d'Etat et les discours se bornent à paraphraser le texte du code (2).

La rigueur de cette interprétation, dit-on, est excessive et inouïe dans notre législation. Ce sont là des considérations que l'on oppose à la volonté claire et formelle du législateur : elles sont sans valeur ; car des considérations, quelque puissantes qu'elles soient, n'autorisent pas l'interprète à s'écarter du texte. Nous avons essayé de justifier cette rigueur; un arrêt de la cour d'Agen l'a fait en termes excellents : « Entre les avantages indirects mais ostensibles et les donations simulées, il y a toute la différence qui sépare la vérité du mensonge ; le législateur devait être indulgent là où il ne s'agissait que d'une ques-

(1) Pothier, *Des donations entre mari et femme*, nº 78.
(2) Rejet, 29 décembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 241).

tion de quotité, mais il a dû s'armer d'une rigueur salutaire, lorsque, à l'aide d'un déguisement, on a tenté de frauder la loi. Il avait un double but à atteindre : augmenter la protection due aux enfants du premier lit au moment où l'amour de leur père ou de leur mère se reporte ailleurs : conserver intacte la faculté de révoquer les donations entre époux (1). »

406. Le système de la nullité des libéralités déguisées présente des difficultés dans l'application. De là de nouvelles controverses. Y a-t-il nullité lorsque l'avantage dissimulé ne dépasse pas la quotité que l'époux peut donner à son conjoint? La cour de cassation de France s'est prononcée pour la négative. Quand la donation n'est pas excessive, il n'y a plus de raison de l'annuler, dit-on. N'est-il pas de principe que les parties peuvent librement choisir entre plusieurs moyens d'atteindre leur but lorsque le but est licite? Qu'importe que le donateur fasse une libéralité à son conjoint sous forme d'un contrat onéreux ou par l'intermédiaire d'une tierce personne, s'il ne lui donne que ce qu'il a le droit de lui donner (2)?

Cette interprétation ne tient pas compte du motif qui seul légitime la rigueur de la loi : c'est qu'elle veut prévenir la fraude en annulant, sans distinction aucune, toute donation dont la forme manifeste l'intention de soustraire les libéralités à la réduction. Il y a une autre objection qui nous paraît décisive : c'est qu'au moment où l'époux donateur fait sa libéralité, il ne sait pas et ne peut pas savoir si elle dépasse ou non le disponible; cela dépend du nombre d'enfants qu'il laissera à son décès; or, ceux qu'il a au moment de la donation peuvent mourir, il peut lui en survenir d'autres. Sa fortune peut augmenter ou diminuer. Comprend-on que la validité ou la nullité de la donation dépende d'un pur hasard? Ce n'est pas là le système de la loi. Elle veut frapper celui qui fait fraude à la loi. Or, l'époux fait fraude à la loi par cela

(1) Agen, 5 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 7).

(2) Rejet, 7 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 71). Cassation, 2 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 193). Liége, 4 février 1865 (*Pasicrisie*. 1865, 2, 88). Troplong, t. II, p. 498, n° 2744.

seul qu'il emploie des moyens cachés, dissimulés pour avantager son conjoint (1).

407. Nous avons toujours supposé l'intention de faire fraude à la loi. En faut-il conclure que le demandeur en nullité doit prouver que la donation est frauduleuse, de sorte que, si la fraude n'était pas démontrée, la donation serait maintenue, sauf réduction s'il y a lieu? La jurisprudence est en ce sens, tandis que les auteurs sont plus sévères. Pourquoi la loi frappe-t-elle de nullité les donations déguisées ou faites à personnes interposées? Parce qu'elle présume que le donateur a eu l'intention de soustraire à la réduction les avantages qu'il fait à son conjoint; elle le présume par le fait seul qu'il a eu recours, pour le gratifier, à des voies détournées, cachées. Elle veut prévenir cette fraude; il n'y a qu'un moyen pour cela, c'est d'annuler les libéralités par cela seul qu'elles sont déguisées ou faites à personnes interposées. Le texte est conçu en ce sens et il doit être interprété avec rigueur, puisque la rigueur est le seul moyen d'empêcher la fraude (2). Il y a donc lieu d'appliquer les principes qui régissent les présomptions légales : le demandeur n'a rien à prouver, et de plus aucune preuve n'est admise contre la présomption, puisque la loi annule l'acte sur une présomption de fraude, ce qui est un des cas dans lesquels la loi rejette la preuve contraire (art. 1352). La rigueur de cette règle est cependant tempérée par l'exception que l'article 1352 admet pour le serment et l'aveu, ces deux modes de preuve étant admis contre toute présomption, comme nous le dirons au titre des *Obligations*.

408. L'article 1099 suit immédiatement l'article qui défend à l'époux de donner à son second conjoint plus qu'une part d'enfant le moins prenant. En faut-il induire que la sanction qu'il prononce ne s'applique qu'au cas prévu par l'article 1098? ou s'applique-t-elle aussi aux cas des articles 1094 et 1096? Il est certain que la rigueur de la loi ne se justifie complétement que lorsqu'il s'agit

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 625, note 25. Demolombe, t. XXIII, p. 697, 4°.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 625, note 25. Demolombe, t. XXIII, p. 697, n° 614.

de libéralités qu'un époux fait à son nouveau conjoint. D'une part, ces libéralités sont vues avec défaveur; on pourrait ajouter que, dans l'esprit de la tradition, l'article 1098 est porté en haine des secondes noces. D'un autre côté, l'expérience prouve que les époux qui se remarient sont toujours portés à faire des libéralités excessives à leur nouveau conjoint, et comme la loi restreint le faculté de disposer en sa faveur, ils ont recours à la fraude. Ces considérations ont moins de force quand il s'agit de donations faites entre époux qui n'ont point d'enfants d'un premier lit; loin de restreindre leur droit de disposer, la loi l'étend; on ne doit donc pas facilement présumer la fraude quand ils se font des donations déguisées ou cachées. Mais ces considérations cèdent devant les termes généraux de l'article 1099; le premier alinéa se rapporte expressément aux *dispositions ci-dessus*, c'est-à-dire aux articles qui limitent le disponible; le second alinéa a donc la même généralité. Il y a cependant une restriction qui résulte des termes de la loi. Le premier alinéa suppose que les donations excèdent le disponible, c'est en faveur des réservataires qu'il établit la réduction des libéralités excessives, donc le second, qui prononce la nullité des donations dissimulées, doit être limité à la même hypothèse. S'il n'y a pas de réservataires, la nullité n'a plus de raison d'être. C'est dire que l'article 1099 ne s'applique aux donations que les époux se font pendant le mariage que dans le cas où ils ont des enfants. Nous avons dit plus haut que la jurisprudence a consacré l'opinion contraire; elle admet que la révocabilité établie par l'article 1096 est sanctionnée par l'article 1099, alors même qu'il n'y aurait pas de réservataires (1). A notre avis, c'est dépasser la loi.

§ II. *L'article* 1100.

409. L'article 1100 répute interposées certaines personnes à raison de leur lien de parenté avec l'époux que le donateur a voulu gratifier indirectement : « Seront

(1) Voyez, plus haut, p. 396, n° 358 et p. 363, n° 328.

réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage. » Faut-il, sous le nom d'enfants, comprendre les petits-enfants? Il y a un motif de douter, c'est que les présomptions légales sont de la plus stricte interprétation. Toutefois nous croyons, avec la jurisprudence et la doctrine, que les descendants de l'époux sont présumés interposés. S'il est défendu d'étendre les présomptions, il n'est pas défendu de les interpréter. Or, le mot *enfants* a un sens technique en droit : il comprend, en règle générale, les descendants. Et, dans l'espèce, il n'y a aucune raison pour s'écarter de ce sens. Cela nous paraît décisif (1).

La question est plus douteuse pour les enfants naturels de l'époux; le texte ne parle que des enfants *issus d'un autre mariage*. On dit, à la vérité, que c'est par opposition aux enfants communs, lesquels ne sont pas présumés personnes interposées. L'explication est bonne, mais elle n'empêche pas que le texte exclue les enfants naturels, et en matière de présomptions légales, on ne peut pas s'écarter du texte. L'opinion contraire est cependant généralement suivie (2). Quant aux enfants communs, il est certain qu'ils ne sont pas compris parmi les personnes présumées interposées : le texte est formel (3).

410. L'article 1100 répute encore faites à personnes interposées, les donations que l'époux fait aux parents dont son conjoint est héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. Pourquoi la loi considère-t-elle l'état des choses au moment de la donation, sans tenir compte de ce qui pourra arriver plus tard? La raison en est que la loi veut punir la fraude et elle la présume quand le donateur fait une libéralité à un parent dont son conjoint est héritier présomptif; or, l'intention de frauder doit exister au moment où la donation se fait, elle ne peut pas

(1) Caen, 6 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 2, 115). Agen, 5 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 7), et les auteurs cités par Dalloz, n° 958.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 628 et note 29, et tous les auteurs. Liége, 4 février 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 88).

(3) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 956.

dépendre d'éventualités postérieures qu'il est impossible au donateur de prévoir. De là suit qu'il n'y a pas présomption d'interposition lorsque le conjoint n'était pas héritier présomptif du donataire, quoiqu'il le soit devenu depuis. Ainsi l'aïeul n'est pas présumé personne interposée, si, lors de la donation, le père vivait encore. Mais s'il n'y a pas interposition présumée, il peut y avoir interposition de fait, et elle sera même très-probable (1).

L'article 1100 dit : « Encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. » Que faut-il décider s'il survit, mais s'il renonce ou s'il est indigne? Peu importe, la présomption n'en existe pas moins, puisque l'intention de frauder existait lors de la donation. Si la loi prévoit le cas du prédécès, c'est parce que c'est le cas ordinaire dans lequel un héritier présomptif n'arrive pas à la succession. La même raison de décider existe quelle que soit la cause pour laquelle le conjoint ne succède pas à son donataire; il n'y avait pas moins intention de frauder, et c'est cette intention que la loi punit (2).

411. Quand la présomption d'interposition cesse-t-elle? Elle n'a pas lieu lorsqu'il est impossible que le donateur ait entendu gratifier son conjoint par l'intermédiaire de la personne que la loi présume interposée. Ainsi la donation est faite à l'enfant du conjoint, après la mort de celui-ci. On ne peut pas faire de libéralité à un mort, et l'enfant donataire n'est pas incapable de recevoir, il n'est incapable qu'à titre de personne interposée; or, dans l'espèce, il ne peut l'être. Par la même raison, il n'y a plus d'interposition présumée lorsque la libéralité, par sa nature, ne peut avoir d'effet qu'à la mort du conjoint; telle serait une rente viagère léguée à l'enfant du conjoint, avec la clause qu'elle aurait seulement cours à partir de la mort du conjoint; c'est comme si la donation était faite après le décès du conjoint; celui-ci n'en peut profiter; il est donc impossible que l'enfant soit personne interposée pour lui faire parvenir cette libéralité (3).

(1) Marcadé, t. IV, p. 253, art. 1100, n° 1, et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 627 et note 27, et tous les auteurs.
(3) Caen, 13 nov. 1847 (Dalloz, 1849, 1, 72). Troplong, t. II, p. 501, n° 2755.

La cour de Caen, qui l'a décidé ainsi, va plus loin. Elle admet que si la donation faite à une personne présumée interposée ne dépasse pas le disponible, il n'y a pas lieu d'en prononcer la nullité (1). C'est l'application du principe consacré par la cour de cassation; nous avons combattu le principe (n° 406), nous rejetons aussi la conséquence que l'on en déduit. Il y a présomption de fraude dès que la donation est faite à une personne présumée interposée, et c'est la fraude, c'est-à-dire l'intention de frauder, que la loi punit; or, l'intention de frauder ne peut pas dépendre d'un fait que le donateur le plus souvent ne saurait prévoir.

412. L'interposition peut avoir lieu en dehors des cas prévus par l'article 1100. C'est alors une question de fait que le juge décide d'après le droit commun. Il y a une différence entre l'interposition de fait et l'interposition présumée. La première doit être prouvée, puisque tout demandeur doit prouver le fondement de sa demande; la preuve se fera par témoins et au besoin par présomptions de l'homme, conformément à l'article 1353 (2). Quant à l'interposition présumée, elle ne doit pas être prouvée; car, d'après l'article 1352, la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Peut-elle être combattue par la preuve contraire? Non, puisque la présomption de l'article 1100 est une de celles qui n'admettent point la preuve contraire, sauf l'aveu et le serment. Nous reviendrons sur tous ces points, au titre des *Obligations*.

413. L'article 1100 s'applique-t-il aux donations entre époux faites pendant le mariage? Dans l'opinion générale, la révocabilité de ces donations est sanctionnée par la peine de nullité que l'article 1099 prononce contre *toute* donation déguisée ou faite à personnes interposées. La jurisprudence se montre même plus sévère pour les donations dissimulées que les époux se font pendant le mariage, en ce sens qu'elle les annule, lors même qu'elles n'excéderaient pas le disponible (3). Il nous semble que

(1) Comparez Orléans, 10 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 64).
(2) Rouen, 15 février 1854 (Dalloz, 1854, 2, 266).
(3) Paris, 24 avril 1869 (Dalloz, 1869, 2, 221).

c'est dépasser le texte et l'esprit de la loi. Le texte de l'article 1098 ne parle que des donations qui entament la réserve; c'est la réserve que la loi veut protéger. Quand les époux n'ont pas d'enfants, ce motif tombe et avec lui l'article 1099, et par suite l'article 1100. Le droit de révocation suffit pour garantir la révocabilité, en général du moins ; car les donations dissimulées sont révocables aussi bien que les donations directes; de plus, le donateur peut prouver la dissimulation par témoins et par simples présomptions, puisqu'il s'agit d'une fraude à la loi. Que si l'on admet que les articles 1099 et 1100 s'appliquent au cas de l'article 1096, il faut être logique et appliquer la loi avec toutes ses conséquences.

§ III. *De l'action en nullité.*

414. Qui peut agir en nullité? Quand la nullité est d'ordre public, toute partie intéressée peut agir; lorsqu'elle n'est pas d'ordre public, l'action ne peut être intentée que par la partie dans l'intérêt de laquelle la loi déclare l'acte nul. Tel est le principe. La question est donc de savoir si la nullité de l'article 1099 est d'ordre public. M. Demolombe le prétend : le but de la nullité, dit-il, est de prévenir, par une sanction énergique, les dangers considérables qui pourraient résulter des donations dissimulées (1). Cela est bien vague! Quels sont ces dangers? Ils concernent uniquement les enfants du premier lit, dans le cas de l'article 1099, et les réservataires en général, dans le cas de l'article 1094; nous laissons pour le moment l'article 1096 de côté. Que l'on veuille bien nous dire ce que l'ordre public, c'est-à-dire l'intérêt général, a de commun avec l'intérêt des enfants et des descendants? Il s'agit de sauvegarder un intérêt pécuniaire ; les parties intéressées ont donc seules le droit d'agir.

Il suit de là que le donateur ne peut pas agir ni, par conséquent, les créanciers du donateur. La cour de Li-

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 698, nº 715.

moges décide le contraire, mais l'arrêt a été cassé et il devait l'être, car il confond tous les principes. Il commence par dire que, la loi prononçant la nullité sans restriction, l'acte qui en est entaché est comme s'il n'avait pas existé et ne peut produire aucun effet légal. C'est dire que la donation déguisée est un acte inexistant : et pourquoi serait-il inexistant? On en cherche vainement la raison, à moins que l'on ne prétende que la cause de la donation est illicite. Ce serait une autre erreur, car la cause d'une donation n'est autre chose que la volonté de conférer un bienfait; si cette volonté ne se manifeste pas dans les formes légales, la loi peut l'annuler, mais cela n'implique pas que la volonté de donner soit illicite, elle ne l'est que pour ce qui excède le disponible, elle ne l'est pas pour la quotité dont le donateur peut disposer. Si, malgré cela, la loi l'annule pour le tout, c'est à titre de sanction, mais cette sanction, comme toute peine, doit être prononcée par le juge; dès lors il ne s'agit pas d'un acte inexistant. La donation est donc simplement nulle, c'est-à-dire annulable; or, la nullité ne peut être invoquée que par celui dans l'intérêt de qui elle est établie. Est-elle établie dans l'intérêt du donateur? Non, certes. Cependant la cour de Limoges lui accorde l'action, et par suite elle la donne à ses créanciers. La cour de cassation a condamné ces erreurs en décidant que l'action ne pouvait être formée que par ceux dont la donation lésait les droits, donc par les enfants du premier lit, dans le cas de l'article 1098, et par les réservataires en général, dans le cas de l'article 1094 (1).

415. Reste le cas de l'article 1096. Si l'on admet avec la jurisprudence que la règle de la révocabilité est sanctionnée par la peine de nullité, on peut admettre que l'action appartient à toutes parties intéressées, même au donateur. La jurisprudence est en ce sens. M. Demolombe objecte que cela est contradictoire. La cour de cassation répond que si la loi déclare révocables les donations faites entre époux pendant le mariage, c'est parce que le

(1) Cassation, 2 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 193). Aubry et Rau, t. V, p. 629, note 36.

mariage les vicie, or le mariage est d'ordre public; qu'on peut donc soutenir que la révocabilité est aussi d'ordre public (1). La réponse nous paraît trop subtile. Quoi qu'il en soit, la révocation étant établie dans l'intérêt du donateur, il peut révoquer, donc il doit aussi avoir le droit d'agir en nullité, l'action en nullité, si on l'admet, ayant pour but de garantir la révocabilité.

416. L'action en nullité s'ouvre à la mort du donateur. C'est le droit commun. L'action en réduction ne s'ouvre qu'à la mort de celui qui a fait les libéralités excessives. Or, la nullité prononcée par l'article 1099 a pour objet de garantir les intérêts des réservataires; elle est donc la sanction de l'indisponibilité; dès lors on doit appliquer à la nullité les principes qui régissent la réduction. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux; si les réservataires ont seuls le droit d'agir, il est certain qu'ils ne peuvent intenter l'action que lorsque leur droit à la réserve est ouvert, donc à la mort de leur auteur.

Tout le monde est d'accord sur ce point. La seule difficulté est de savoir si les enfants peuvent agir du vivant de leur auteur, non pour demander la nullité, mais pour prendre des mesures conservatoires. Il a été jugé que les enfants du premier lit sont recevables, même du vivant de leur père, à s'opposer à ce que sa femme, après avoir obtenu la séparation de corps, retire le montant d'une libéralité déguisée qui lui a été faite par leur père, sous le titre de constitution de dot (2). Nous avons enseigné le contraire dans un cas analogue. Les créanciers conditionnels peuvent seuls provoquer des mesures conservatoires, pendant que la condition est en suspens (art. 1180); or, le droit des réservataires, pas plus que celui des héritiers en général, n'est un droit conditionnel; ils n'ont qu'une simple espérance et une espérance n'est pas un droit, pas même éventuel (3).

(1) Rejet, 16 avril 1850 (Dalloz, 1850, 1, 152). Comparez les arrêts cités par Dalloz, n° 948.

(2) Grenoble, 2 juillet 1831 (Dalloz, n° 910).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 629, note 37. En sens contraire, Merlin et Troplong.

TITRE IV.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL (1).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

§ Ier. *Sources du titre des Obligations.*

417. Bigot-Préameneu ouvre l'Exposé des motifs de notre titre par un éloge magnifique du droit romain. Après avoir remarqué que les obligations conventionnelles se répètent chaque jour et se renouvellent à chaque instant, il ajoute : « Mais tel est l'ordre admirable de la Providence qu'il n'est besoin, pour régler tous les rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation. » Oserons-nous le dire? L'orateur du gouvernement prodigue ses éloges à un droit qu'il semble très-peu connaître. Les compilations de Justinien ne sont pas une œuvre législative; ce que Bigot-Préameneu appelle législation se compose, en réalité, de fragments mutilés

(1) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 5 vol. in-8°, Paris, 1857 et Bruxelles, 3 vol. gr. in-8°, 1863.

extraits des écrits des jurisconsultes romains; certes ces jurisconsultes brillent au premier rang dans notre science, mais ce qui les distingue, c'est bien moins l'esprit d'équité que la rigueur de leurs déductions. Leibnitz les compare à des mathématiciens; ils manient les principes comme des formules d'algèbre. Voilà pourquoi le droit romain est un excellent instrument d'éducation juridique. Notre science est une science de raisonnement, il faut donc développer chez ceux qui l'étudient l'esprit logique qui déduit avec rigueur les conséquences qui découlent des principes. Mais la vie réelle ne procède pas de la logique, c'est une suite de transactions qui ont pour objet de concilier des intérêts opposés. Ce qui doit dominer dans cette œuvre de conciliation, c'est, avant tout, l'équité, que Bigot-Préameneu place en première ligne, comme source des obligations (1).

418. A entendre l'orateur du gouvernement, l'esprit d'équité de la législation romaine lui aurait mérité le beau nom de raison écrite que lui ont donné toutes les nations policées. Qui dit raison écrite, dit la perfection. Aussi Bigot-Préameneu croit-il qu'il serait difficile d'espérer que l'on pût encore faire des progrès dans cette partie de la science législative. Les auteurs du code, selon lui, n'ont fait que formuler les principes qu'ils ont puisés dans le droit romain. Si ce droit cesse d'avoir en France l'autorité de la loi, il conservera l'empire que donne la raison sur tous les peuples. C'est dans le Digeste qu'il faudra chercher l'application des principes que le code civil lui a empruntés. On ne doit, dit l'Exposé des motifs, envisager les dispositions du code relatives aux contrats que comme des règles élémentaires d'équité dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. « C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste; c'est là que doivent s'instruire ceux qui voudront y faire quelques progrès et, en général, tous ceux qui seront chargés de la défense et de l'exécution des lois consignées dans le code français (2). »

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 1 (Locré, t. VI, p. 147).
(2) Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. VI, p. 148)

L'orateur du Tribunat abonde dans cet éloge : il remarque qu'au milieu de la discordance de nos lois anciennes et de nos vieilles coutumes, on suivait la même doctrine, à l'égard des contrats, dans les pays de droit coutumier et dans les pays de droit écrit; toutes les parties de la France ne reconnaissaient, en cette matière, qu'un même législateur; ce législateur, c'est la raison dont le droit romain, surtout dans les obligations, est regardé comme le fidèle organe (1).

419. Si l'on s'en tenait aux discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat, il faudrait en induire que le Digeste est le commentaire officiel du titre des *Obligations*, les auteurs du code lui ayant emprunté les principes dont les applications se trouvent dans les lois romaines. Mais pour peu que l'on réfléchisse sur la nature du droit, il est facile de se convaincre que notre législation n'est plus celle de Justinien. Le droit est une face de la vie ; or, la vie n'est jamais stationnaire ; si elle s'arrêtait un instant, elle ferait place à la mort. Si la vie est progressive, le droit l'est aussi. Il est donc impossible que le droit du XIXe siècle soit encore le droit des XII Tables. La société romaine a été bouleversée de fond en comble par le christianisme et par l'invasion des races germaniques ; une nouvelle civilisation s'est produite, civilisation dans laquelle le commerce et l'industrie prennent la place de l'élément guerrier qui dominait à Rome. A la suite de ces immenses révolutions, les sentiments, les idées, les besoins des hommes ont changé; et l'on veut que le droit qui les régit soit resté le même!

C'est une illusion que de chercher l'idéal, en quoi que ce soit, dans le passé ; la perfection relative que les hommes, êtres imparfaits et limités, peuvent atteindre n'est pas derrière nous, elle est devant nous. Que l'on entre dans les tribunaux où se rend la justice civile, que l'on écoute les avocats, que l'on entende la décision des juges. Est-ce sur le droit romain que l'on plaide? est-ce sur les textes du Digeste que les magistrats fondent leurs juge-

(1) Mouricault, orateur du Tribunat, Discours, n° 1 (Locré, t. VI, p. 242).

ments? Quand on débat une question vivement controversée, on cite les auteurs qui ont écrit sur notre ancien droit coutumier; rarement on remonte aux jurisconsultes du XVIe siècle, plus rarement encore on discute les textes des lois romaines. Serait-ce oubli et dédain de la science? Non, les premiers principes que l'on enseigne aux futurs jurisconsultes sont les principes du droit romain : le Digeste est et sera toujours en honneur à l'école; si, au barreau et dans la chambre du conseil, on le consulte tous les jours moins, la raison en est bien simple, c'est que le droit est l'expression de la vie, et notre vie s'écarte de plus en plus de l'état social des Romains. Sous l'influence de nouvelles mœurs et de besoins nouveaux, il se forme une science nouvelle; les interprètes du code s'inspirent des faits au milieu desquels ils vivent, et non des faits qui se sont passés à Rome. De là la grande importance que prend la jurisprudence des arrêts. On se plaint de l'autorité excessive que les avocats et les juges y attachent. Sans doute, la raison ne s'est pas plus incarnée dans les décisions de nos cours que dans celles des jurisconsultes romains, mais les éléments de notre science se trouvent dans les recueils d'arrêts bien plus que dans le Digeste : d'une part, c'est la vie vivante : d'autre part, c'est une tradition morte; or, le droit est une science de vie et non de mort.

420. Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre ce que les orateurs du gouvernement et du Tribunat disent de l'autorité du droit romain. Ce serait méconnaître leur vraie pensée. Sans doute, la tradition joue un grand rôle dans notre science; les principes se développent et se modifient, mais on n'en crée guère de nouveaux. Il faut donc, en chaque matière, éclairer les lois nouvelles par la tradition à laquelle elles se rattachent. Reste à savoir quelle est notre vraie tradition. Sur ce point, il y a un véritable malentendu. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat répondent : C'est le droit romain. Oui, mais ce n'est pas le droit du Digeste. Nous doutons fort que les auteurs du code civil aient une seule fois consulté les compilations de Justinien; ils ne citent même pas les

grands jurisconsultes du XVIe siècle; nous ne leur ferons pas injure en disant que le nom de Doneau leur était inconnu. Quelles sont les sources romaines où ils ont puisé? Tous les orateurs s'accordent à célébrer les écrits de Domat et de Pothier. La France, dit Bigot-Préameneu, met leurs ouvrages au nombre des plus parfaits. Favard, le rapporteur du Tribunat, dit qu'une loi sur les obligations doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. « Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé. » L'orateur du Tribunat fait aussi l'éloge des ouvrages classiques de Domat et de Pothier; il ajoute que le projet soumis à l'adoption du Tribunat est la substance de leurs écrits, et il pense que c'est la meilleure recommandation qu'il en puisse faire (1).

Domat et Pothier sont donc les vrais auteurs du titre des *Obligations*. L'un et l'autre se sont inspirés du droit romain, qu'ils citent à chaque pas. Est-ce à dire que les *Lois civiles* de Domat et le *Traité* de Pothier soient la fidèle expression des lois de Rome? Nous allons entendre Domat répudier les subtilités romaines à ce point qu'il ne daigne pas même les rappeler : c'était déjà une tradition morte. Pothier ne les aime pas davantage. Qu'est-ce qu'ils appellent des subtilités? Ce sont des déductions très-logiques qui découlent des principes romains; repousser les conséquences, n'est-ce pas rejeter les principes? Pourquoi les disciples s'écartent-ils à tout instant de la doctrine de leurs maîtres? Pothier et Domat ne sont plus des logiciens comme Ulpien et Paul, ce sont des ministres d'équité; sous leur plume, le droit romain se transforme : le droit strict fait place à un droit équitable. D'où vient l'esprit nouveau qui dicte leurs décisions? Ils écrivaient

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 3 (Locré, t. VI, p. 147); Favard, Rapport au Tribunat, n° 3 (Locré, p. 191); Mouricault, Discours, n° 1 (Locré, p. 242).

l'un et l'autre dans les pays de droit coutumier ; les coutumes sont l'expression des mœurs germaniques ; et qui ne sait que les peuples du Nord n'étaient pas une race de juristes? Les Allemands n'ont jamais tenu le premier rang dans la science du droit; aujourd'hui même, malgré l'éclat de quelques noms, ils se distinguent par leur science historique, bien plus que comme interprètes du droit positif. Le génie des nations germaniques est plus élevé, plus universel; c'est cet esprit d'équité que les orateurs du gouvernement et du Tribunat admiraient tant dans le droit romain; ils ne se doutaient pas qu'ils admiraient le génie des races du Nord qui mirent fin à la domination du peuple-roi. Leur erreur s'explique : ils ne connaissaient le droit romain que par Domat et Pothier; le droit qu'ils célèbrent, c'est le droit romain modifié par les coutumes, transformé par la civilisation moderne; c'est ce droit qui est la vraie source du code civil.

421. Voilà pourquoi, tout en ayant un profond respect pour nos maîtres, les jurisconsultes romains, nous ne les citons guère. Ce serait perpétuer l'illusion des auteurs du code, et l'illusion deviendrait dangereuse. Il serait facile de trouver, pour la plupart des dispositions de notre titre, un texte romain auquel il paraît emprunté; le travail a été fait par un de nos jeunes collègues (1). Nous ne craignons pas de le dire : ce serait fausser le droit français que d'y voir la copie du droit romain. Si l'on interprétait le code civil par le Digeste, on aboutirait à des conséquences erronées, on introduirait dans notre droit des principes qui lui sont étrangers, des théories qui ne sont pas celles du droit français et que les auteurs du code ignoraient. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'invasion des idées romaines comme un danger pour le droit pratique : elle fait dire au code ce qu'il n'a pas voulu dire, et si elle réussissait, elle mettrait à la place du code civil français un code civil romain. Nous éviterons ces erreurs, en nous attachant aux vraies sources de la légis-

(1) *Droit civil, annoté d'après le droit romain*, par Van Wetter, professeur à l'université de Gand (1873, 1 vol. in 8°).

lation moderne, à Domat et à Pothier; et quand nous recourons au droit romain, nous préférons le puiser dans les commentateurs du XVIe et du XVIIe siècle, de préférence aux jurisconsultes de Rome, parce que les commentateurs modernes s'inspirent, alors même qu'ils ne s'en rendent pas compte, des sentiments de notre civilisation germanique et chrétienne.

422. La tradition présente encore un écueil contre lequel nous devons prémunir nos jeunes lecteurs. Tous les orateurs qui ont exposé les motifs du titre des *Obligations* s'accordent à reconnaître qu'il a été puisé dans les ouvrages de Domat et de Pothier. De là la grande autorité de ces deux auteurs dans notre matière. Mais il ne faut pas l'exagérer. Les auteurs du code ont innové, et beaucoup plus peut-être qu'ils ne l'ont cru. Il ne faut donc pas voir dans le *Traité des obligations* de Pothier et dans les *Lois civiles* de Domat le commentaire authentique du code Napoléon. On doit tenir compte des innovations, cela va sans dire, et elles réfléchissent souvent sur toutes les parties de notre titre. Il y a une autre réserve qu'il ne faut pas perdre de vue quand on cherche dans nos anciens auteurs l'application des principes que le législateur français y a puisés. L'interprète du code civil ne peut pas toujours suivre l'opinion de Domat et de Pothier; ils décident en équité, Pothier surtout; ils en avaient le droit, car ils écrivaient dans les pays de coutume où le droit romain n'avait d'autre autorité que celle de raison écrite; voilà comment il arrive que tout en procédant du droit romain, ils le modifient. Quand le code a consacré ces modifications, tout est décidé. Mais restent les nombreuses questions que le code n'a pas prévues; quand Pothier les décide en droit, son autorité est grande, et il est rare que l'on doive s'en écarter. Mais pouvons-nous aussi décider en équité, comme le faisait Pothier? Non, car l'interprète du code est lié par une loi positive et par les principes qui en découlent. Il n'est plus un ministre d'équité, sauf dans les cas où la loi est muette. Quand la loi a parlé, il est enchaîné par le texte, et il ne peut écouter aucune considération d'équité. Nous l'avons déjà dit dans le pre-

mier volume de ces *Principes* (1). Si nous le répétons, c'est pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les interprètes qui parfois oublient qu'ils n'ont pas pour mission de faire la loi.

§ II. *Obligation. Contrat. Convention.*

423. Le titre III du livre III est intitulé : « Des *contrats* ou des *obligations conventionnelles* en général. » Il traite donc des principes généraux sur les obligations qui dérivent des contrats ; néanmoins il ne définit pas l'obligation ; le premier article du titre se borne à définir le contrat. N'est-ce pas confondre le contrat avec l'obligation? Il est certain que cette confusion existe dans plus d'une disposition de notre titre (2). On l'a assez amèrement reprochée aux auteurs du code (3). Nous ne leur ferons pas l'injure de croire qu'ils aient ignoré la différence élémentaire qui sépare l'obligation et le contrat ; ils avaient Pothier sous les yeux, et Pothier n'a garde de confondre l'obligation avec le contrat, qui n'est que l'une des sources des obligations. Toujours est-il qu'il devrait y avoir plus de précision dans le langage des lois ; le droit demande une grande clarté dans la pensée et une expression tout aussi nette ; et c'est au législateur à donner l'exemple. Mais il ne faut pas mettre d'exagération dans ces reproches. Les auteurs du code ont voulu donner un exposé complet des principes qui régissent les obligations les plus nombreuses, et ce sont certes celles qui naissent des contrats. De là le nom d'*obligations conventionnelles* pour désigner le titre qui est consacré aux obligations en général. Au point de vue pratique, cela ne présente aucun inconvénient ; la plupart des obligations naissant des conventions, le praticien est très-heureux de trouver, réunies dans un titre complet, les règles qui doivent le guider. Et il ne faut pas oublier que le code est fait pour les magistrats, ce n'est

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 41, n° 29.
(2) Demolombe, t. XXIV, p. 364, n° 384.
(3) Marcadé, t. IV, p. 333. Comparez Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 341, note 2.

pas un manuel pour les élèves. La science a d'autres exigences, on ne pardonnerait pas à un auteur ce que l'on a à peine le droit de reprocher au législateur. Il nous faut donc procéder logiquement, tout en restant fidèles à l'ordre du code et demander ce que c'est qu'une obligation avant d'expliquer la définition du contrat.

424. Les jurisconsultes romains définissent l'obligation « un lien de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose ou à faire ou à ne pas faire quelque chose. » C'est la traduction de Pothier (1); nous la compléterons par les explications de Doneau. L'obligation est un *lien*; l'expression latine est plus énergique : *vinculum*, une chaîne; celui qui est enchaîné ne peut pas échapper au pouvoir de celui qui le tient dans les fers. Eh bien, la personne obligée est enchaînée, comme l'est une personne qui serait chargée de chaînes. Celui au profit duquel elle s'est engagée à donner ou à faire peut la traîner devant les tribunaux et la faire condamner à prester ce à quoi elle est tenue; elle n'est délivrée de cette chaîne, ses fers ne sont rompus que lorsqu'elle a accompli la prestation. Hâtons-nous d'ajouter qu'il ne s'agit pas de chaînes de fer, c'est un lien de droit qui enchaîne le débiteur; mais ce lien peut être comparé à des fers corporels, car il prive le débiteur de sa liberté, ou la diminue; en tant qu'il est obligé, il n'est plus libre, il a abdiqué sa liberté; il peut être contraint par la force publique à remplir ses engagements. De quoi se plaindrait-il? C'est lui-même qui s'est astreint. La définition latine ajoute : *necessitate*; Pothier a omis ce mot qui semble compris dans celui d'*astreindre*. Le débiteur est astreint en ce sens qu'il est dans la nécessité de prester ce qu'il a promis. S'il ne le fait pas, le créancier a contre lui l'action par laquelle il le traduit devant le juge, et celui-ci, organe du pouvoir social, met au service du créancier la force dont la société dispose.

Quel est l'objet de l'obligation? Le débiteur doit prester ce qu'il s'est engagé à donner, à faire ou à ne pas faire.

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 1.

Prester est le mot général, qui comprend tout ce qui peut être l'objet d'une obligation. La définition latine dit *payer, solvere;* cette expression est plus énergique, elle continue la comparaison du *lien* qui enchaîne la personne obligée; le débiteur est tenu de se dégager de ce lien en prestant ce à quoi le créancier a droit, et ce n'est que par cette prestation qu'il se dégage. La loi romaine dit simplement que le débiteur est obligé de payer ou de prester la chose promise; elle ne parle pas d'un fait; c'est que l'obligation de faire porte aussi sur une chose, et même l'obligation de ne pas faire; de sorte que la définition latine comprend, dans son énergique concision, tout ce qu'une personne peut s'engager à prester. Nous reviendrons sur les divers objets de l'obligation en traitant des contrats. Ce qui prouve le rapport intime qui existe entre l'obligation et le contrat, c'est que la définition de l'obligation ne reçoit son entière application qu'aux obligations qui naissent d'un contrat : peut-il s'agir d'une obligation de ne pas faire dans un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit? L'obligation par excellence est donc l'obligation conventionnelle, comme le dit le code civil. Il y a des textes romains qui ajoutent : *selon le droit de notre cité*. C'est une explication de la nécessité juridique qui fait l'essence de l'obligation. Le débiteur peut être contraint : mais comment peut-il être forcé à prester ce qu'il a promis? Le créancier ne peut pas employer tous les moyens de l'y contraindre, car la contrainte touche à la liberté de la personne et aux droits que le débiteur a sur son patrimoine. C'est dire qu'en recourant à la contrainte le droit du créancier se trouve en face d'un droit qui est d'ordre public; au législateur et à lui seul il appartient de régler les voies par lesquelles le créancier peut contraindre le débiteur à prester ce qu'il a promis; le droit public donne ici la main au droit privé, et il le domine (1).

425. D'où naissent les obligations? Le code répond à cette question dans deux titres différents. Dans le titre III,

(1) Donelli *Commentarii de jure civili*, lib. XII, cap. I, §§ 6, 7, 12 et 13 (t. VII, p. 6 et suiv.).

il traite des obligations conventionnelles, c'est-à-dire des obligations qui ont leur source dans les conventions; ce qui les caractérise, c'est qu'elles se forment par concours de consentement. Il y a, en second lieu, des obligations qui se forment sans convention; la loi les appelle des *engagements* pour les distinguer des obligations qui impliquent le concours du consentement des parties intéressées. Il y a, dit le premier article du titre IV, certains engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi, les autres naissent d'un *fait* personnel à celui qui se trouve obligé. Un *fait*, dit l'article 1370, pour marquer la différence qui existe entre ces engagements et ceux qui naissent des contrats. Le contrat implique un concours de volontés, tandis qu'un fait suppose qu'il n'y a pas de consentement. Ces faits sont les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits. Nous ne faisons que mentionner les engagements qui se forment sans convention; l'explication se trouvera dans le titre que la loi y consacre.

426. L'article 1101 définit le contrat en ces termes : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » Un vieil adage dit qu'il est difficile et dangereux même de donner des définitions en matière de droit. Le législateur en a fait l'expérience dans celles que contient notre chapitre préliminaire; on les a presque toutes critiquées. Nous laissons de côté les reproches insignifiants, et nous ne dirons un mot que de ceux qui ont quelque importance juridique.

La définition de l'article 1101 n'embrasse, a-t-on dit, que les contrats unilatéraux. Eh qu'importe? C'est le contrat d'une manière abstraite que la loi a voulu définir. Dans tout contrat, il y a un débiteur qui s'oblige et un créancier envers qui il s'oblige. C'est ce que dit notre définition, sans ajouter que l'obligation peut être unilatérale ou bilatérale; la loi ne le dit pas, parce qu'elle le dit

immédiatement après dans les articles 1102 et 1103.

La définition de l'article 1101 est encore défectueuse, dit-on, dans la partie qui parle de l'objet de l'obligation : le débiteur s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. C'est la définition romaine. Or, le législateur français a précisément innové en ce point, et l'innovation est considérable. Il y a des contrats qui ont pour objet la translation de la propriété : telle est la vente, la plus usuelle des conventions, celle qui constitue le commerce. Le code aurait dû faire mention de cet effet que produisent les contrats en droit moderne (art. 1138) (1). Ce reproche est fondé, mais il n'est pas très-grave. En définissant le contrat, le législateur n'entend pas déterminer les effets du contrat. Il consacre un chapitre spécial à cette matière, le troisième de notre titre; c'est là que se trouve l'article 1138 qui a si profondément modifié le droit ancien. Nous dirons encore : Eh, qu'importe? La définition de l'article 1101 s'applique à tous les contrats, tandis que l'effet de transférer la propriété ne concerne qu'un très-petit nombre de conventions; cela explique le silence de la loi. Il ne valait vraiment pas la peine de la critiquer de ce chef. Si nous répondons un mot à ces critiques, c'est pour dégoûter nos jeunes lecteurs de cette envie de tout dénigrer qui anime certains auteurs. Le code civil est en somme un chef-d'œuvre sous le rapport de la forme; soyons heureux de l'avoir, nous doutons fort que s'il était à refaire, on le fît aussi bon et aussi parfait.

427. L'article 1101 dit que le contrat est une convention. Ces deux termes de contrat et de convention sont-ils synonymes? S'il en est ainsi, la définition est mauvaise; car ce serait définir la chose par la chose même. Elle est empruntée à Pothier. Pothier commence par dire que le contrat est une espèce de convention; pour savoir ce que c'est qu'un contrat, ajoute-t-il, il faut savoir d'abord ce que c'est qu'une convention. Puis il donne la définition de la convention qu'il emprunte à Domat et aux lois ro-

(1) Marcadé, t. IV, p. 336, nº I de l'article 1101.

maines : c'est le consentement de deux ou de plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier. L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle contrat. Ainsi, comme le disait Domat, la convention est le genre, le contrat est l'espèce. Il y a donc une différence entre ces deux expressions, bien que dans l'usage et même dans les lois on les confonde. Le mot de conventions, dit Domat, comprend non-seulement tous les contrats et traités de toute nature, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le dépôt et tous autres, mais aussi tous les pactes particuliers qu'on peut ajouter à chaque contrat, comme sont les conditions, les charges, les réserves, les clauses résolutoires et tous autres. Et ce mot de conventions comprend aussi les actes mêmes par lesquels on résout ou on change par un nouveau consentement les contrats, les traités, les pactes où l'on était déjà engagé (1).

428. Pothier aime à citer les lois romaines, mais dès le début de son traité, il répudie les singularités du droit romain. « Les principes du droit romain sur la distinction des contrats et des simples pactes, ainsi que sur les différentes espèces de pactes, n'étant pas fondés sur le *droit naturel* et étant très-éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit, » dit Pothier; puis il renvoie ceux qui seraient curieux de les connaître à son ouvrage sur les *Pandectes* où ces distinctions se trouvent détaillées. On voit que, tout en citant les lois romaines, l'auteur du *Traité des obligations* procède d'un autre esprit; il cherche dans le Digeste ce qui lui paraît en harmonie avec le droit naturel, c'est-à-dire avec ce sentiment d'équité que Dieu a mis dans notre cœur, et il rejette le reste.

429. Telle est aussi l'inspiration de Domat. C'est un esprit philosophique qui aime à remonter à la raison des choses. Il ouvre son premier livre, destiné aux contrats,

(1) Domat, *Les lois civiles*, livre I (p. 19 et 20). Pothier, n° 3. Doneau, t. VII, p. 63 et 65 (XII, 6, 6, et XII, 7, 1).

par des considérations générales; nous les reproduisons parce qu'elles dominent toute notre matière. « L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car, comme il a rendu nécessaire pour tous leurs besoins l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différents commerces des choses, c'est principalement par les contrats qu'ils s'en accommodent. Ainsi pour l'usage de l'industrie et du travail, les hommes s'associent, se louent, et agissent différemment les uns pour les autres. Ainsi pour l'usage des choses, lorsqu'ils ont besoin de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes et par des échanges, et lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent ou les empruntent; et selon les autres divers besoins, ils y assortissent les différentes sortes de conventions. «

L'objet des conventions est donc de procurer aux hommes les choses matérielles qui leur sont nécessaires pour vivre. Et l'homme ne vit pas seulement par son corps, le corps n'est que l'instrument de l'âme : c'est la vie intellectuelle et morale qui est la véritable vie. Il nous faut des instruments pour notre développement matériel, intellectuel et moral : les conventions nous les procurent. De là leur infinie variété. De là aussi le principe de liberté qui y préside. Le législateur établit des règles, mais sans les imposer aux parties contractantes, il n'entend pas les enchaîner : la contrainte et les conventions sont incompatibles. On peut appliquer à tous les contrats ce que le code civil dit du contrat de mariage; la loi ne les règle qu'à défaut de conventions spéciales que les parties peuvent faire comme elles le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 1387).

430. Quelque variées que soient les conventions, on peut les rapporter à deux objets : elles consistent à donner ou à faire. Nous dirons plus loin quels sont les caractères et les effets de l'obligation de donner et de l'obligation de faire. Pour le moment, nous n'avons qu'à marquer ce qui fait l'essence du contrat. La définition n us le dit :

c'est une convention par laquelle une personne *s'oblige* à donner ou à faire quelque chose. Pothier dit : *promet* et *s'engage;* et il ajoute : « Il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement qui forment un contrat et une convention. Il y a d'autres promesses que nous faisons de bonne foi et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, ce qui arrive lorsque celui qui promet déclare en même temps qu'il n'entend pas s'engager, ou bien lorsque cela résulte des circonstances ou des qualités de celui promet et de celui qui à qui la promesse est faite. »

Pothier donne des exemples que l'on répète à l'école. Nous préférons des applications empruntées à la jurisprudence, c'est-à-dire à la vie réelle. Par une lettre adressée au notaire de sa belle-fille, le beau-père promet de servir à cette dernière une rente viagère de 800 francs, aussitôt qu'elle aurait vendu toutes ses propriétés immobilières. Était-ce une promesse juridique, faite avec intention de s'engager et conférant le droit d'en exiger l'accomplissement en justice? La belle-fille le prétendit; mais l'intention contraire résultait de la correspondance du beau-père avec le notaire. Celui-ci ayant manifesté ses craintes sur la position précaire dans laquelle le défaut de titre pourrait placer un jour la donataire, le donateur lui répondit qu'il entendait que sa belle-fille s'en rapportât à son honneur et à celui des personnes qui, après sa mort, seraient chargées de continuer le service de ladite rente et qu'elle ne pourrait jamais exiger de qui que ce fût un titre qui lui conférerait une action en justice. Cela était décisif. C'est la première hypothèse prévue par Pothier; celui qui faisait la promesse déclara qu'il n'entendait pas s'engager lui et les siens; engagé d'honneur, ils ne l'était pas aux yeux de la loi. La cour d'Orléans jugea en ce sens (1).

(1) Orléans, 3 juin 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2614, 2°).

La même cour a eu à juger une espèce analogue. Un notaire écrit au maire de la ville où un office est créé en sa faveur, qu'il prend l'engagement de donner annuellement aux pauvres, pendant vingt années, une somme de 1,000 francs. Il y met comme condition le secret et joint un billet de 1,000 francs, en priant le maire de vouloir bien se charger de l'emploi. Le donateur remplit cet engagement pendant quatorze ans, puis il cesse. Action en justice du maire qui avait chaque année inscrit le don de 1,000 francs au chapitre des recettes du bureau de bienfaisance. Etait-ce une donation? Elle était nulle pour défaut de forme et pour défaut d'autorisation du gouvernement. Etait-ce une obligation? Le notaire s'engageait, à la vérité, à payer pendant vingt années, mais la condition du secret qu'il mettait à sa promesse prouvait qu'il entendait faire chaque année un don volontaire. On opposait l'exécution de la promesse, la cour répond que tout ce qui en résulte, c'est que les sommes sont acquises au bureau de bienfaisance, sans qu'il y ait lieu à répétition; mais un don volontaire n'oblige pas à le continuer, sauf dans le for de la conscience s'il y avait promesse, mais la promesse n'était pas obligatoire (1).

Le tribunal de commerce de Mulhouse a rendu un jugement très-bien motivé dans une affaire où l'engagement d'honneur aurait dû être rempli. Une transaction intervient entre une maison de commerce et un de ses débiteurs. La dette est fixée à 20,000 francs et les créanciers s'interdisent tout recours ultérieur. Il est certain que la dette s'élevait à un chiffre plus considérable; les créanciers le disent dans leur correspondance, et le débiteur l'avoue, en disant que s'il n'a pas donné davantage, c'est qu'il se trouvait dans l'impossibilité absolue de le faire. Plus tard, l'un des associés de la maison créancière s'adresse à son ancien débiteur et lui demande de venir à son aide au moyen d'une somme de 5,000 à 6,000 francs; le débiteur répondit que, si ses affaires prospéraient, il ferait beaucoup plus. Ces promesses non exécutées don-

(1) Orléans, 23 avril 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 45).

nèrent lieu à une action judiciaire. Le tribunal décida, en droit, que la promesse n'était pas obligatoire, qu'il s'agissait d'un engagement d'honneur ne relevant que de la conscience; mais il ajoute que les magistrats consulaires, gardiens naturels de l'honneur et de la probité du commerce, ne peuvent qu'exprimer de vifs regrets que de semblables promesses ne soient pas remplies. Le tribunal ajoute qu'il n'est pas moins péniblement affecté de voir que l'associé d'une maison de commerce réclame, à son profit personnel et sans participation apparente de ses coassociés, une partie d'une créance commune. Voilà des leçons de délicatesse qui valent bien une leçon de droit. La cour de Colmar confirma la décision en adoptant les motifs (1).

§ III. *Division des contrats.*

Nº I. CONTRATS UNILATÉRAUX ET BILATÉRAUX.

431. Aux termes de l'article 1102, le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Tels sont la vente, l'échange, le louage, la société, la transaction. Dans la vente, le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose vendue, et l'acheteur s'oblige à en payer le prix. Chacune des parties contractantes est donc tout ensemble créancière et débitrice : le vendeur est créancier du prix et débiteur en ce qui concerne la translation de la propriété; l'acheteur est débiteur du prix et créancier en ce qui concerne les obligations contractées

(1) Colmar, 31 décembre 1850 (Dalloz, 1853, 2, 164). — Il y a d'autres engagements d'honneur, plus sacrés encore, qui sont parfois méconnus par ceux qui les prennent. Dans la prévoyance de sa mort, le père d'un enfant naturel prie sa mère de lui donner un capital de 100,000 francs pour assurer son avenir. On réclame ensuite contre lui le payement de cette dette. Je ne dois rien, dit le père, car je n'ai rien promis. La cour d'Angers, décidant par des motifs de délicatesse plutôt que par des motifs de droit, condamna le prétendu débiteur. Sa décision a été cassée, et elle devait l'être. Il n'y a pas d'obligation, dit la cour de cassation, sans le consentement de la partie qui s'oblige Cela est élémentaire, mais décisif. Cassation, 15 janvier 1873 (Dalloz, 1873, 1, 180).

par le vendeur. Il y a donc deux débiteurs et deux créanciers; cette double dette et cette double créance résultent de l'essence même de la vente; on ne conçoit point la vente sans l'obligation réciproque contractée par les deux parties.

Le contrat est unilatéral, dit l'article 1103, lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement. Tels sont le prêt, le mandat, le dépôt. Dans le prêt, l'emprunteur seul s'oblige, en vertu du contrat; il doit rendre la chose empruntée. Le prêteur n'est pas obligé, l'emprunteur n'a aucune action contre lui. On a objecté que le prêteur est obligé de laisser l'usage de la chose à l'emprunteur pendant le temps convenu, qu'il contracte donc aussi une obligation. La réponse est facile et péremptoire; l'obligation ne se conçoit pas sans un droit corrélatif; là où il y a une obligation véritable, il y a nécessairement une action appartenant au créancier. Quel est le droit de l'emprunteur? Quelle est l'action qu'il a contre le prêteur? Il n'a ni droit ni action. Il a le droit d'user de la chose, sans doute, puisqu'elle lui a été remise pour qu'il en use. Mais ce droit d'user ne lui donne aucune action contre le prêteur; donc celui-ci n'est tenu d'aucune obligation. En vertu du contrat, il n'y a qu'un débiteur et un créancier. Mais il se peut que le prêteur soit obligé par la suite, comme nous le disons plus loin en traitant de la sous-division des contrats bilatéraux (1).

432. Le code n'énumère pas les contrats bilatéraux et les contrats, unilatéraux, et quand il définit les divers contrats il n'ajoute pas, comme on le fait à l'école, qu'ils sont soit bilatéraux, soit unilatéraux. Il résulte de là, d'abord qu'il peut y avoir d'autres contrats synallagmatiques que ceux qui sont prévus par le code civil. Sur ce point, il n'y a aucun doute. Le champ des conventions est illimité; la loi a réglé, pour la commodité des parties contractantes, les conventions les plus usuelles; il peut y en avoir d'autres à l'infini. Elles seront unilatérales ou

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 458.

bilatérales, selon qu'il n'y aura qu'un seul débiteur et un seul créancier, ou que chacune des parties sera créancière et débitrice.

Il y a une convention, très-usitée jadis, qui de nos jours est redevenue fréquente, en changeant de caractère. On appelait autrefois aumône dotale les biens donnés pour recevoir une jeune fille dans un couvent à titre de novice, puis de religieuse. D'où vient le mot d'aumône? Il implique que les biens constituant la dot étaient donnés à l'Eglise, comme toutes libéralités qu'elle reçoit et qui forment, c'est le mot consacré, le patrimoine des pauvres. Il n'y avait pas là de contrat onéreux, car les aumônes étaient considérées comme une pure donation. Voilà pourquoi une déclaration du 28 avril 1693 les prohiba; c'était un des mille moyens employés pour enrichir les couvents en dépouillant les familles. Mais le législateur commande et défend en vain aux corporations religieuses : elles se mettent au-dessus de la loi. Les aumônes dotales sont restées en usage. Nous disons qu'elles ont changé de caractère. Les couvents n'existent plus aux yeux de loi, légalement on ne peut donc pas leur faire une libéralité, pas plus sous forme d'aumône dotale que sous toute autre forme. On a donné aux aumônes dotales l'apparence d'un contrat intervenu entre les parents de la future religieuse et la supérieure de la maison, contrat par lequel les parents s'obligent à payer une dot à leur fille, pour mieux dire à la supérieure, et celle-ci s'oblige à loger, nourrir et entretenir la future religieuse et à la soigner tant en santé qu'en maladie; ce sont les termes des contrats qui ont donné lieu à des procès. Quelle est la nature de ce contrat? Il est de jurisprudence en France que c'est un contrat bilatéral et aléatoire; le contrat est bilatéral parce que chacune des parties contractantes est créancière et débitrice; il est aléatoire parce que la supérieure s'engage à pourvoir à tous les besoins de la religieuse moyennant la dot qu'elle touche, elle peut y gagner ou y perdre; voilà la chance qui est réciproque. De là suit que si la religieuse vient à mourir après quelques années, même après quelques

mois, il n'y a pas lieu de restituer la dot : la chance a tourné en faveur du couvent (1). Cette jurisprudence nous paraît très-douteuse. Nous y reviendrons plus loin.

433. Les contrats qui d'ordinaire sont unilatéraux, peuvent-ils devenir bilatéraux par la volonté des parties contractantes ? On l'admet généralement, bien qu'il y ait quelque incertitude dans l'application. En principe, le droit des parties n'est pas douteux. La loi leur laisse une entière liberté de faire telles conventions qu'elles jugent convenables, à moins qu'elles ne soient contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Or, le caractère unilatéral ou bilatéral des contrats est d'intérêt privé ; il dépend des obligations que chacune des parties contracte et qu'elle est libre de contracter. Si la loi ne dit pas même quels contrats sont unilatéraux, la doctrine ne les déclare tels que par application de l'article 1103 ; le texte n'apporte aucun obstacle à ce que celui de ces contractants qui d'habitude ne s'oblige pas, s'engage à donner ou à faire, et dans ce cas, au lieu d'appliquer l'article 1103, il faudra appliquer l'article 1102. C'est ce que fait le code lui-même pour la donation. C'est, en règle générale, un contrat unilatéral, puisque le donateur seul est obligé, le donataire ne l'est pas, quoiqu'il soit tenu de fournir les aliments au donateur ; ce n'est pas là une obligation naissant du contrat, en ce sens qu'au moment où il se forme le donateur n'a pas d'action contre le donataire. Mais si la donation est faite avec charge, le donateur a action contre le donataire, action que la loi hypothécaire munit même d'un privilége (art. 27, n° 3) ; donc le contrat devient bilatéral : la définition de l'article 1102 reçoit son application. La loi elle-même applique aux donations avec charge l'un des principes spéciaux qui régissent les contrats synallagmatiques. Aux termes de l'article 953, la donation peut être révoquée pour cause d'inexécution des conditions ; cette révocation n'est autre chose que la résolution du contrat qui se fait en vertu de la condition résolutoire que la loi sous-entend dans tout contrat bilaté-

(1) Agen, 22 mars 1836 et 12 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 671).

ral (art. 1184); l'article 954 le prouve, comme nous l'avons dit au titre des *Donations* (1).

Ce que la loi fait pour les donations, l'interprète doit le faire pour tous les contrats; il y a absolument même motif de décider. Donc, si, dans un mandat, le mandant s'engage à payer des honoraires au mandataire; si, dans le dépôt, le dépositaire stipule un salaire comme prix des soins qu'il mettra à garder la chose, le contrat deviendra bilatéral; il faudra, par conséquent, appliquer les principes qui régissent les contrats synallagmatiques (n° 434). Cette conséquence n'est admise par les auteurs qu'avec une restriction. En principe, ils disent que le dépôt et le mandat, quoique salariés, restent des contrats unilatéraux et qu'ils ne deviennent synallagmatiques que si l'ensemble de la convention et les circonstances dans lesquelles elle a été conclue prouvent que telle est l'intention des parties (2). Il nous semble que les parties manifestent suffisamment leur volonté en s'obligeant réciproquement; l'article 1102 ne demande pas autre chose. Dira-t-on que c'est déroger à la loi et que toute dérogation doit être expresse? Non, les parties ne dérogent pas à la loi, car il n'y a pas de loi qui décide que le dépôt et le mandat sont des contrats unilatéraux. Il y a plus : dès que, par leurs conventions, les parties contractent des obligations réciproques, le contrat devient nécessairement synallagmatique, quand même les parties diraient le contraire; car si elles sont libres de contracter comme elles l'entendent, elles ne peuvent pas vouloir l'impossible ; or, ce serait vouloir l'impossible que de dire qu'un contrat est unilatéral, alors que ce contrat contient des obligations réciproques à charge de chacune des parties. Tout ce que les parties peuvent faire, c'est de déroger aux principes qui régissent les contrats synallagmatiques ; encore ne le peuvent-elles pas en ce qui concerne la preuve (art. 1325),

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 568, n° 487. Comparez Aubry et Rau, t. IV de la 4e édition, p. 285, n° 341. Rejet, chambre civile, 18 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 297).

(2) Demolombe, t. XXIV, p. 21, n° 23. Aubry et Rau, t. IV, p. 286, et note 3 (4e édit.).

car la preuve est d'ordre public. On peut faire une autre objection contre notre doctrine et soutenir, comme le fait Pothier, que lorsqu'un salaire est stipulé dans le mandat et le dépôt, ces contrats changent de nature et prennent la nature d'un louage d'ouvrage (1); nous reviendrons sur cette difficulté, aux titres qui sont le siége de la matière. Pour notre question actuelle, la décision resterait la même; car le bail est un contrat bilatéral, de sorte que l'opinion de Pothier vient à l'appui de la nôtre.

434. La division des contrats en bilatéraux et unilatéraux suppose que ces deux espèces de contrats sont régies par des principes différents. En effet, l'article 1184 porte que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement; nous dirons plus loin que cette disposition ne s'applique pas aux contrats unilatéraux. Il y a une seconde différence, en ce qui concerne les formalités prescrites pour les actes qui constatent des conventions synallagmatiques ou unilatérales; les écrits sous seing privé qui constatent un contrat bilatéral ne sont valables que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits (art. 1325). La loi ne prescrit aucune forme pour les actes qui constatent une convention unilatérale, sauf quand il s'agit d'une dette de somme d'argent ou de choses fongibles (article 1326). Nous expliquerons ces dispositions au chapitre de la *Preuve des obligations*.

435. A raison des principes différents qui régissent les contrats bilatéraux et les contrats unilatéraux, il importe de distinguer les deux espèces de conventions. Si l'on s'en tient au texte des articles 1102 et 1103, la décision est très-simple : chacune des parties est-elle créancière et débitrice, en vertu du contrat, il sera bilatéral : l'une des parties seulement est-elle débitrice et l'autre créancière, le contrat sera unilatéral. Mais à l'école on

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 6.

aime les divisions et les sous-divisions, ce qui le plus souvent aboutit à des distinctions scolastiques, sans aucune utilité. On a donc sous-divisé les contrats synallagmatiques en contrats bilatéraux parfaits et contrats bilatéraux imparfaits. Pothier nous dira quel est le sens de cette distinction.

Les contrats *parfaitement synallagmatiques* sont ceux dans lesquels l'obligation que contracte chacune des parties est également une obligation principale de ces contrats : tels sont la vente, le louage, la société. Pothier appelle contrats *moins parfaitement synallagmatiques* ceux dans lesquels il n'y a que l'obligation de l'une des parties qui soit l'obligation principale du contrat : tels sont le mandat, le dépôt, le prêt, le nantissement. Dans ces contrats, l'obligation que contracte le mandataire, le dépositaire, l'emprunteur ou le créancier gagiste de rendre la chose, sont les seules obligations principales ; celles que contractent le mandant, le déposant, le prêteur ou le débiteur ne sont que des obligations incidentes, auxquelles donne lieu, depuis le contrat, la dépense qui a été faite par l'autre partie pour l'exécution du mandat ou pour la conservation de la chose (1).

Le code ne fait pas cette distinction, mais il semble la consacrer implicitement dans les titres consacrés aux contrats unilatéraux ; il s'y trouve, en effet, un chapitre intitulé : « Obligations du mandant, du déposant, du prêteur », et un chapitre où il est traité des « Obligations du mandataire, du dépositaire, de l'emprunteur. » Cependant il est certain que ces contrats ne sont pas bilatéraux dans le sens de l'article 1102, car les obligations du mandant, du déposant, du prêteur ne naissent pas du contrat même ; au moment où les parties contractent, une seule d'elles est obligée, donc le contrat est unilatéral dans son principe ; s'il devient bilatéral, c'est par suite d'un fait subséquent, des dépenses faites par le mandataire, le dépositaire ou l'emprunteur. Voilà pourquoi la doctrine appelle ces contrats bilatéraux *imparfaits*.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 9.

La distinction est-elle juridique? Nous comprenons l'utilité, la nécessité même qu'il y a de distinguer lorsque les divisions et sous-divisions ont une importance pratique : telle est la classification consacrée par le code dans les articles 1101 et 1102. Mais le législateur français s'est bien gardé de reproduire la distinction que Pothier enseigne, quoiqu'il aime à suivre ce guide. L'esprit éminemment pratique qui distingue les auteurs du code les empêche de consacrer des distinctions inutiles. Nous venons de dire quel est l'interêt de la division des contrats en bilatéraux et unilatéraux (n° 434). Est-ce que par hasard les contrats que Pothier appelle synallagmatiques imparfaits seraient régis par les principes des contrats bilatéraux? Il est certain que l'article 1325 n'est pas applicable aux contrats unilatéraux, alors même que le mandant, le déposant, le prêteur se trouveraient obligés dans la suite ; sur ce point, tout le monde est d'accord (1). A notre avis, il est tout aussi certain que l'article 1184 n'est pas applicable; nous le prouverons quand nous traiterons des obligations conditionnelles. L'utilité pratique est donc nulle.

Y aurait-il quelque utilité de théorie, de science? Les auteurs approuvent la classification traditionnelle, mais ils ne disent pas à quoi elle sert (2). Nous la croyons fausse, et bonne seulement à embrouiller les idées même des bons esprits. Elle est fausse. Pour déterminer la nature d'un contrat, on a égard à ce qui se passe au moment où le contrat se forme. Or, à ce moment, les contrats de mandat, de dépôt, de prêt sont unilatéraux, parce qu'une seule des parties est obligée. Si le contrat est unilatéral, il reste unilatéral, alors même que la partie non obligée deviendrait obligée par la suite. En effet, si elle est obligée, est-ce en vertu du contrat? Non, donc le contrat reste ce qu'il était, unilatéral. Il faudrait un nouveau concours de consentement pour en changer la nature; or, quand l'emprunteur fait une dépense que le prêteur doit

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 21, n° 22.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 285 et note 2. Larombière, t. I, p. 24, n° 2. Demolombe, t. XXIV, p. 20, n° 22. Comparez Duranton, t. X, p. 52, n° 68.

rembourser, les deux parties songent-elles à modifier leurs conventions? Les conventions restent les mêmes, donc la nature du contrat aussi reste la même; donc Pothier a tort d'appeler ce contrat *moins parfaitement synallagmatique,* car cela suppose qu'il est synallagmatiqu, etandis qu'il est unilatéral.

Nous disons que cette division scolastique est faite pour embrouiller. On peut s'en convaincre en lisant ce que Toullier a écrit sur notre classification. Il combat la division que le code fait dans les articles 1101 et 1102. A l'entendre, tous les contrats seraient bilatéraux; et pourquoi? Parce que chacune des parties a ou peut avoir des obligations même dans les contrats appelés unilatéraux. La preuve en est le prêt, que l'on cite d'ordinaire comme le contrat unilatéral par excellence; le prêteur n'est-il pas obligé de ne redemander la chose prêtée qu'après le terme convenu (art. 1888, 1899)? Si le prêt est un contrat bilatéral, comme le dit Toullier, il en faut conclure qu'il est soumis aux principes établis par les articles 1184 et 1325. Est-ce aussi l'opinion de Toullier? Non, il écarte l'article 1184 et dit que la seule disposition peut être qui soit fondée sur la division des contrats en synallagmatiques et unilatéraux, celle de l'article 1325, n'est pas applicable au prêt. Toullier en conclut que la théorie des contrats synallagmatiques ou unilatéraux est une théorie imparfaite qui pourrait égarer (1). Non, ce qui a égaré Toullier, c'est la sous-division de Pothier; si l'on admet que le prêt est un contrat moins parfaitement synallagmatique que la vente, on est bien près de dire que c'est un contrat synallagmatique. De là la confusion. Rien n'est plus clair et plus simple que la division du code, si l'on veut s'y tenir. Les classifications de l'école, à force de vouloir éclaircir les idées, les obscurcissent.

(1) Toullier, t. III, 2, p. 12, n° 19. Il est inutile de réfuter ce que Toullier dit, Duranton l'a fait (t. X, p. 54, n° 70).

N° 2. DES CONTRATS COMMUTATIFS ET ALÉATOIRES.

436. Aux termes de l'article 1104, « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire.

En apparence, les contrats commutatifs se confondent avec les contrats bilatéraux. Il est certain que tout contrat bilatéral est en même temps commutatif; on peut appliquer, à la lettre, à la vente la définition que l'article 1104 donne du contrat commutatif, car ce que le vendeur s'oblige à donner est l'équivalent du prix qu'il reçoit et le prix que l'acheteur s'oblige à payer est l'équivalent de la chose dont le vendeur lui transporte la propriété. Cependant les deux divisions ne se confondent pas, car les contrats commutatifs ne sont pas tous des contrats bilatéraux. Ainsi le prêt à intérêt est un contrat commutatif, puisque le prêteur donne la jouissance de son argent et reçoit, comme équivalent de la jouissance dont il se prive, l'intérêt que l'emprunteur lui paye; de même l'emprunteur qui s'oblige à payer l'intérêt reçoit un équivalent, la jouissance du capital que le prêteur lui donne. Le prêt à intérêt est donc commutatif; est-ce à dire qu'il soit bilatéral? Non, car l'emprunteur seul est obligé, le prêteur ne l'est point; le prêt, quoique fait à intérêt, conserve donc la nature de tout prêt, c'est un contrat unilatéral.

437. Quelle différence y a-t-il entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires? On a critiqué la classification comme illogique. Il est vrai que le contrat aléatoire est aussi un contrat commutatif, ou, comme dit Pothier, intéressé de part et d'autre. La seule différence qui existe entre le contrat commutatif et le contrat aléatoire, c'est que dans le contrat aléatoire chacune des parties ne reçoit qu'une chance, car c'est une chance qui est l'objet du contrat, tandis que dans le contrat commutatif

chacune des parties reçoit quelque chose de réel, d'effectif (1). Cela n'empêche pas la classification d'être exacte et utile, en ce sens que les contrats commutatifs et aléatoires sont régis par des principes différents.

438. Dans l'ancien droit, la différence était plus marquée que dans le droit moderne. La lésion viciait les contrats commutatifs, tandis que la chance qui constitue l'essence des contrats aléatoires exclut toute lésion. Pothier dit que l'équité doit régner dans les conventions; or, dans les contrats intéressés de part et d'autre, chacune des parties donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose comme équivalent de ce qu'elle donne ou fait. Qui dit équivalent, dit égalité; l'égalité doit donc régner dans les contrats commutatifs; donc la lésion les vicie. Cela est fondé en équité, car l'équité, en fait de commerce, consiste dans l'égalité; dès que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, l'égalité est blessée et, par suite, le contrat est vicié. Pothier ajoute que le consentement même est vicié par la lésion, car la partie qui se trouve lésée n'a voulu donner ce qu'elle a donné que dans la fausse persuasion où elle était que ce qu'elle recevait valait autant que ce qu'elle donnait, et elle ne l'aurait pas donné si elle eût su que ce qu'elle recevait valait moins.

Il n'en est pas de même dans les contrats aléatoires; l'égalité qui y doit régner, en vertu de l'équité qui domine dans tous les contrats, consiste uniquement dans l'égalité de la chance; du reste les parties savent d'avance que la chance peut être favorable à l'une d'elles et, par suite, défavorable à l'autre; par cela seul que l'un gagne, l'autre perd; mais chacun des contractants pouvant gagner, se soumet à la chance de perte : la perte ne constitue donc pas une lésion (2).

Les auteurs du code n'ont admis cette théorie qu'en partie. Aux termes de l'article 1118, la lésion n'est plus un vice du consentement; elle vicie seulement certains contrats, le partage, et la vente, dans l'intérêt du vendeur,

(1) Duranton, d'après Delvincourt (t. X, p. 58, n° 76).
(2) Pothier. *Des obligations*, nos 33 et 37.

quand un immeuble est vendu. Ce n'est donc que pour ces contrats que la classification de l'article 1104 présente un intérêt pratique. La lésion les vicie quand ils sont commutatifs, elle ne les vicie point quand ils sont aléatoires.

439. La division des contrats en commutatifs et aléatoires présente encore un intérêt moral tout ensemble et fiscal. Il s'agit de démasquer la fraude que les associations religieuses commettent journellement, fraude à la loi, fraude à la morale. L'ambition de l'Eglise est immortelle; elle ne plie pas sous la loi commune, car elle se dit au-dessus de la loi. Au titre des *Donations*, nous avons dit quel est le tissu de combinaisons frauduleuses au moyen desquelles elle a cherché à reconstituer les corporations religieuses abolies par la révolution; elle s'est emparée du droit pour ruiner le droit; là où elle règne en maîtresse sur des populations ignorantes et aveugles, elle finit par détruire tout respect de la loi. On connaît la formule des sociétés contractées par des moines ou des religieuses. Des individus qui se qualifient de particuliers, car ils cachent leur qualité de religieux, se présentent devant un notaire; ils achètent conjointement un immeuble avec la clause qu'aucun d'eux n'en pourra disposer sans le consentement des autres et que la propriété intégrale en appartiendra au survivant. Ce dernier vivant aura bon soin de pratiquer une nouvelle fraude pour maintenir la propriété de l'immeuble à la corporation, ou du moins à l'Eglise. Le fisc s'est ému de ces sociétés frauduleuses qui tendent à priver le trésor des droits de mutation qu'il perçoit à la mort d'un propriétaire. C'est un intérêt considérable que celui du fisc, car c'est l'intérêt de tous les contribuables, c'est-à-dire de tous les citoyens, qui se trouve en conflit avec la fraude des gens d'église. Le fisc a réclamé, et les tribunaux lui ont donné gain de cause. Il est de jurisprudence que le contrat dont nous venons de rappeler les termes usuels, que la vente a transféré la propriété sur la tête des particuliers acheteurs, à chacun pour sa part virile; cela ne saurait être douteux, c'est le droit commun. Quel est l'effet de la clause qui assure au

survivant la propriété de l'immeuble? Au décès de l'un des acheteurs, sa part dans la propriété de l'immeuble est transmise aux survivants; c'est celui qui a la chance de vivre le plus longtemps qui deviendra propriétaire de l'immeuble. Le contrat est donc commutatif tout ensemble et aléatoire et, par suite, il est régi par le droit commun. Il s'opère une mutation de propriété au décès de chacun des acheteurs, donc il y a lieu à la perception des droits de mutation à titre onéreux, et non aux droits de mutation qui sont perçus au décès du propriétaire; car l'héritier ne succède pas aux droits de son auteur, ces droits étant acquis aux autres acheteurs en vertu du contrat de vente. Ici se trouve le lien entre le droit fiscal et le droit civil. En vertu du droit civil, il faut décider que la clause de survie constitue, pour chacun des acquéreurs, un contrat commutatif; ce contrat, opérant à chaque décès une mutation de propriété au profit des acheteurs, donne lieu à la perception d'un droit de mutation à titre onéreux (1). Nous n'insistons pas sur la question, parce qu'elle est en dehors des limites de notre travail; qu'il nous soit permis de renouveler un regret, c'est que la loi ne punisse pas la fraude de manière à la prévenir.

Nº 3. DES CONTRATS DE BIENFAISANCE ET DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX.

440. « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit » (art. 1105). « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose » (art. 1106). Cette dernière définition n'est pas exacte; elle confond le contrat à titre onéreux avec le contrat synallagmatique, puisqu'elle suppose que chacune des parties est obligée; or, un contrat unilatéral peut aussi être à titre onéreux : tel est le prêt à intérêt.

441. Le contrat de bienfaisance le plus important, c'est la donation. Il y a des différences nombreuses et

(1) Cassation, 23 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 247); 26 avril et 25 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 264); 21 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 157); 14 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 252).

importantes entre la donation et la vente ; il est inutile de les rappeler, elles résultent des principes que nous avons exposés au titre des *Donations*. Il y a d'autres contrats de bienfaisance, le mandat, le dépôt, le prêt; ils ne sont pas régis par les principes des donations ; il existe toutefois entre ces contrats et les contrats à titre onéreux des différences qui justifient la classification des articles 1104 et 1105. La responsabilité du débiteur, quant aux fautes qu'il commet, est moins rigoureuse dans les contrats à titre gratuit que dans les contrats à titre onéreux, comme nous le dirons en exposant la théorie du code concernant les fautes (art. 1137). Nous allons signaler une autre différence en traitant des vices du consentement; l'erreur sur la personne est, en général, indifférente dans les contrats à titre onéreux, tandis qu'elle vicie le consentement dans les contrats à titre gratuit.

442. La distinction des contrats à titre gratuit et des contrats à titre onéreux a encore de l'importance au point de vue du droit fiscal; les droits de mutation diffèrent dans les deux espèces de contrats; de là d'assez fréquentes contestations. Il va sans dire que les tribunaux ne s'arrêtent pas à la qualification que les parties donnent à leurs conventions, car cette qualification a souvent pour objet de tromper le fisc. La cour de Toulouse dit très-bien que le caractère d'un acte se détermine par l'ensemble de ses clauses et par ses résultats ; ainsi le contrat est onéreux et commutatif, quelle que soit sa dénomination, lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est l'équivalent de ce qu'on donne ou de ce qu'on fait pour elle ; et c'est un contrat de bienfaisance si l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit (1).

Il a été jugé que l'acte par lequel deux copropriétaires par indivis conviennent que l'immeuble ne sera ni divisé ni licité, mais qu'il appartiendra au survivant d'entre eux, n'est pas une libéralité, que c'est un contrat commutatif et aléatoire (2).

(1) Toulouse, 15 février 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1298, 3°).
(2) Rejet, 10 août 18 6 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 67, 2°).

Les arrangements de famille qui interviennent entre des parents et leurs enfants sont souvent qualifiés de donations, tandis qu'en réalité ce sont des contrats commutatifs : tel est l'acte par lequel une mère cède à ses enfants une créance sur la succession de son mari moyennant une rente viagère (1). Il peut sans doute y avoir des donations avec charge, mais il faut que la charge ne forme pas l'équivalent de la libéralité prétendue. C'est au juge à apprécier le montant de la donation et celui de la charge. La cour de Liége a décidé que la donation faite sous la charge de nourrir le donateur le reste de ses jours doit être considérée comme une vente; il s'agissait de savoir si l'acte était valable, quoiqu'il ne fût pas fait dans les formes prescrites pour les donations (2). Dans l'arrêt de la cour de Toulouse que nous venons de citer, il s'agissait de l'abandon fait par une mère à ses enfants de ses droits et reprises sur la succession de son mari moyennant une rente viagère de 1,200 francs. L'acte était qualifié de donation, tandis que les conditions de l'acte prouvaient que c'était un véritable contrat commutatif; l'arrêt estime que la rente était constituée à 8 p. c., ce qui certes constituait l'équivalent des reprises évaluées au maximum à 15,000 francs, alors que la mère était encore dans la force de l'âge (3).

N° 4. CONTRATS NOMMÉS ET INNOMÉS.

443. La division des contrats en nommés et innomés jouait un grand rôle en droit romain; nous n'en dirons rien, par la raison qui engageait Domat à n'en pas parler. « Il n'est pas nécessaire, dit-il, d'expliquer ici la différence que l'on faisait dans le droit romain entre les contrats qui avaient un nom et ceux qui n'en avaient point. Ces subtilités, qui ne sont pas de notre usage, embarrasseraient inutilement. » Domat explique en quel sens on

(1) Paris, 30 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 67, 3°).
(2) Liége, 12 juin 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 171).
(3) Comparez Cassation, 22 mai 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4473, 4°); Colmar, 6 août 1845 (Dalloz, 1851, 5, 180), et les décisions en matière fiscale, rapportées par Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3736).

admettait, en droit français, la classification des contrats nommés et innomés. « Parmi les différentes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage si fréquent et si connu partout, qu'elles ont un nom propre : comme la vente, le louage, le prêt, le dépôt, la société et autres. Et il y en a qui n'ont point de nom propre, comme si une personne donne à quelqu'un une chose à vendre à un certain prix, avec cette clause qu'il retiendra pour lui ce qu'il pourra avoir de plus. Mais toutes les conventions, soit qu'elles aient ou qu'elles n'aient point de nom, ont toujours leur effet, et elles obligent à ce qui est convenu (1). »

Le code a formulé la pensée de Domat dans l'article 1107 en lui donnant plus de précision. « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. »

444. Les contrats nommés sont donc régis d'abord par les règles établies dans les titres qui leur sont consacrés, puis par les principes généraux qui sont applicables à toutes les obligations conventionnelles. Quant aux contrats innomés, ils n'ont pas de règles particulières; c'est aux parties à les formuler, et dans le silence de l'acte, on suit les règles établies dans notre titre et, par analogie, celles des contrats nommés avec lesquels la convention litigieuse a le plus de rapport.

Les contrats innomés sont très-fréquents, par suite de la variété infinie des relations que le commerce, l'industrie ou les intérêts de famille font naître. D'ordinaire ils ne sont que la modification d'un contrat nommé. Un père vend à ses deux fils une maison, sauf certaines places, des objets mobiliers, plus deux places dans la synagogue, à charge par les acquéreurs d'entretenir et de nourrir leur

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, p. 20, nº VII.

sœur; et dans le cas où la sœur ne voudrait plus être nourrie par ses frères, ceux-ci s'obligent à lui payer annuellement une somme de 360 francs. Ce contrat est-il une vente? On objectait qu'il n'y avait pas de prix en argent, que l'équivalent des biens abandonnés par le père consistait en prestations, donc dans un fait. La cour de Colmar répond que cela n'empêche pas l'acte d'être une vente, qu'en tout cas c'est un contrat aléatoire innomé qui a la plus grande analogie avec la vente (1).

N° 5. CONTRATS CONSENSUELS ET RÉELS.

445. Pothier divise encore les contrats en consensuels et réels. Les premiers sont ceux qui se forment par le seul consentement des parties, tels que la vente, le louage, le mandat. Dès qu'il y a concours de consentement sur la chose et le prix, il y a vente; il n'est pas nécessaire que la chose vendue soit livrée à l'acheteur. Le code civil a ajouté un nouvel effet à la puissance du consentement, c'est qu'il suffit pour transférer la propriété, même à l'égard des tiers. Il y a d'autres contrats qui, outre le consentement, exigent la tradition de la chose qui en est l'objet : tels sont le prêt, le dépôt, le nantissement; on les appelle contrats réels.

Le code n'a pas reproduit cette division, sans doute parce qu'elle n'a aucun intérêt pratique; la nécessité d'une tradition résulte de la nature même des choses, dans les contrats réels; il était inutile de le dire dans une classification, le code le disant dans les définitions qu'il donne des divers contrats réels, tandis que les définitions des contrats consensuels impliquent qu'ils se parfont par le seul consentement. On n'a qu'à comparer la définition de la vente avec celle du prêt. Aux termes de l'article 1582, la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer; le code ne dit pas que le vendeur doit *livrer* la chose pour qu'il y ait vente, il s'*oblige* seulement *à la livrer*, c'est dire que le consen-

(1) Colmar, 23 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 44).

tement suffit, car il y a obligation dès qu'il y a consentement. La définition du prêt est tout autre : « C'est un contrat par lequel l'une des parties *livre* une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par l'emprunteur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875). On ne conçoit pas de prêt sans tradition de la chose prêtée; en effet, c'est un contrat unilatéral par lequel l'emprunteur seul est obligé. Et en quoi consiste son obligation? La définition le dit : à rendre la chose après s'en être servi; or, pour rendre la chose, il faut naturellement qu'il l'ait reçue.

Il ne faudrait pas conclure de là que l'obligation contractée par une personne de prêter une chose à une autre, sans tradition aucune, soit nulle. Ce n'est pas un prêt, puisqu'il n'y a pas de tradition; ce n'est pas un contrat nommé, c'est un contrat innomé qui donne action au créancier, le futur emprunteur, contre le débiteur, le futur prêteur. En droit français, cela ne fait aucun doute. Quant au droit romain, nous le laissons de côté, puisque, en ce point, il n'a plus rien de commun avec le droit moderne.

N° 6. CONTRATS SOLENNELS ET NON SOLENNELS.

446. Il y a une classification beaucoup plus importante, celle des contrats solennels et non solennels. Le code ignore ces termes, mais il consacre la doctrine dont ils sont l'expression. Il y a des contrats qui n'existent que lorsqu'ils sont reçus dans les formes prescrites par la loi : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque. La loi veut que les actes portant donation entre-vifs soient passés devant notaires. Cette solennité est exigée pour l'existence même de la donation; si l'acte notarié était nul, ou si les parties avaient fait la donation par acte sous seing privé, il n'y aurait pas de donation. C'est ce que dit l'article 1339 ; le donateur ne peut pas confirmer une donation nulle en la forme, car on ne confirme pas le néant; s'il veut lui donner effet, dit la loi, il doit la refaire en la forme légale, preuve que la

première donation n'a aucun effet, elle est inexistante.

Il n'en est pas de même des contrats non solennels: tels sont tous les contrats, à l'exception des trois contrats solennels que nous venons de nommer. La vente existe indépendamment de tout écrit destiné à la constater. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, dit l'article 1582. Ce n'est pas assez dire; il ne doit pas y avoir d'acte; si les parties contractantes dressent acte de leurs conventions, c'est pour avoir une preuve littérale; elles y ont grand intérêt sans doute, puisque la preuve testimoniale n'est pas admise dès que le montant pécuniaire du fait juridique dépasse 150 francs. Mais alors même qu'il n'y aurait aucun acte, la vente ne serait pas moins valable, sauf la difficulté de la prouver en cas de contestation. Si les parties ne contestent pas la vente, elle produira son effet, quoiqu'il n'y ait aucun acte. Tandis que la donation serait avouée, exécutée même, qu'elle resterait toujours inexistante à défaut des formes légales. De même si un acte estdressé pour constater la vente et si cet acte est nul, tout ce qui en résultera, c'est que les parties ne peuvent pas l'invoquer pour prouver leurs conventions, elles n'auront pas de preuve littérale, mais elles seront admises à prouver la vente par les autres preuves que le code civil admet (1). Si, au contraire, l'acte de donation était nul en la forme, la donation serait inexistante, quand même elle serait avouée et exécutée par les parties.

447. Ces notions sont élémentaires, et l'on est étonné de les voir méconnues par de bons auteurs. M. Larombière semble nier la différence profonde qui sépare les contrats non solennels des contrats solennels, en ne voyant dans les solennités qu'une question de preuve (2). Sans doute, un contrat que l'on ne peut pas prouver est comme s'il n'existait pas; néanmoins on ne doit pas confondre la preuve avec les conditions requises pour l'existence d'une

(1) Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76, et Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2898).

(2) Larombière, t. I, p. 36, art. 1108, n° 4 (Ed. B., t. I, p. 22). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 287, note 6, § 341.

convention. Quand il s'agit d'un contrat non solennel, le demandeur peut toujours faire interroger le défendeur sur faits et articles et se prévaloir de l'aveu de la partie adverse; il peut encore lui déférer le serment. Il en est tout autrement des contrats solennels. Vainement le donateur avouerait-il la donation, vainement déclarerait-il qu'il la veut maintenir, quoique nulle en la forme; il ne le peut, car il ne peut pas donner la vie à un contrat mort-né.

Toullier a commis d'autres erreurs tout aussi graves; si nous les signalons, ce n'est pas pour le plaisir de critiquer un de nos meilleurs auteurs, c'est pour appeler l'attention de nos jeunes lecteurs sur la matière si difficile que nous abordons, ainsi que sur toute la théorie des preuves; il n'y en a pas de plus difficile. Ce qui répand tant d'incertitude sur la doctrine et la jurisprudence, c'est l'absence de principes certains. Il faut donc insister sur les principes, quelque élémentaires qu'ils soient. La loi prescrit des formes pour la validité des actes sous seing privé qui constatent des conventions synallagmatiques : ils doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui ont été faits. Qu'arrive-t-il si ces formes n'ont pas été observées? L'acte sera nul, c'est-à-dire que les parties n'auront pas de preuve littérale de leurs conventions, ce qui n'empêchera pas le contrat d'être valable si les conditions requises pour sa validité existent. Toutefois, dit l'article 1325, le défaut de mention du nombre des originaux ne pourra être opposé par celui qui a exécuté la convention. Pourquoi? Parce que l'exécution de la convention est la meilleure preuve de son existence. Toullier en conclut que la *convention* n'est *obligatoire* que lorsque l'une des parties exécute sa promesse; et il ajoute que c'est le *pacte nu* des jurisconsultes romains. Tout est erreur dans cette doctrine. Comment y aurait-il des *pactes nus* dans notre droit moderne, alors que déjà dans l'ancien droit Domat répudiait la théorie des pactes comme une subtilité romaine n° 443)? L'annotateur de Toullier a soin de relever cette

erreur (1). Il y en a une autre plus grave, parce qu'on la retrouve à chaque instant, et chez les auteurs et dans les arrêts. Quand l'*acte* sous seing privé est irrégulier, il est *nul;* est-ce à dire que la *convention* ne soit pas obligatoire et qu'elle ne le devienne que par l'exécution de la promesse? C'est confondre la force obligatoire de la convention avec la preuve de la convention et supposer que la *convention* est *nulle* lorsque l'*acte* est *nul.* Ce n'est pas que Toullier ignore cette distinction élémentaire, il l'établit très-bien plus loin (au n° 23). La validité de la convention, dit-il, est indépendante de la validité de l'acte, de son authenticité, ou même de l'existence de tout acte. Il n'y a personne qui ne sache cela; cependant dans l'application on oublie ces notions essentielles, et alors on aboutit à de véritables hérésies, comme celle que nous venons de signaler.

448. Un contrat non solennel peut-il devenir un contrat solennel si telle est la volonté des parties contractantes? c'est-à-dire les parties peuvent-elles convenir que les formes qui, en général, ne sont requises que pour la *validité* de l'*acte* devront être observées pour l'*existence* du *contrat*, de sorte que le contrat n'existera pas si l'acte n'est pas dressé, ou s'il est nul? Les parties intéressées peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (n° 429). Rien n'empêche donc qu'elles fassent de la forme une condition d'existence de leurs conventions; cela n'a rien de commun avec les bonnes mœurs ni avec l'ordre public.

Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais le dissentiment commence quand il s'agit d'appliquer le principe. On demande d'abord quel sera l'effet de la clause? Cela dépend du but que les parties ont eu en vue, et ce but ne saurait être douteux; elles se sont engagées à ne traiter que par écrit, de sorte que s'il n'y a pas d'écrit, ou si l'acte est nul, il n'y aura pas de traité. M. Demolombe

(1) Toullier, t. III, 2, p. 8, n° 16, et la note de Duvergier, p 9. Comparez Duranton, t. X, p. 46, n° 64.

s'exprime donc mal en disant qu'il y a, dans ce cas, *une sorte de condition suspensive* (1); les termes mêmes prouvent que, dans la pensée de l'auteur, il n'y a point de véritable condition; et qu'est-ce qu'une *sorte de condition?* Une comparaison? La comparaison serait mauvaise, car elle implique que les parties ont traité, tandis que, dans leur intention, le traité n'existera que si l'écrit est dressé. Il vaut mieux dire, avec la jurisprudence, que lorsque les parties ont entendu contracter par écrit, le contrat n'est parfait que par la signature de toutes les parties contractantes. La cour de Toulouse en conclut que si l'une des parties n'a pas encore signé, les autres peuvent se dédire, quand même elles auraient signé, parce que leur intention a été de faire dépendre la convention de la perfection de l'acte (2), c'est-à-dire, comme l'explique la cour de Rennes, que l'*existence* du contrat est subordonnée à la rédaction de l'acte (3).

449. Reste à savoir dans quel cas on peut admettre que les parties ont eu cette intention. Suffit-il qu'elles conviennent qu'un écrit sera dressé? La cour de Rennes répond, dans l'arrêt que nous venons de citer, que c'est au juge à apprécier, d'après les faits et les circonstances, quelle a été l'intention des parties, si elles sont convenues de recourir à l'écriture pour en faire dépendre le contrat lui-même, ou si elles ont eu pour but de se procurer un moyen de preuve plus certain. Il nous semble qu'il faut aller plus loin et décider qu'une clause expresse est nécessaire pour que le contrat, de non solennel qu'il est par sa nature, devienne solennel. La raison en est que c'est une dérogation au droit commun, une exception. En général, l'écrit que les parties dressent de leurs conventions n'a d'autre objet que de faciliter la preuve du contrat; c'est par exception que l'acte devient une condition d'existence du contrat; la clause transforme la *preuve* en *solennité*. Il faut pour cela une manifestation de volonté expresse; non des termes sacramentels, la loi n'en exige jamais, mais du

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 39, nº 36.
(2) Toulouse, 3 décembre 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 74).
(3) Rennes, 7 juillet 1845 (Dalloz, 1851, 2, 182).

moins une déclaration de volonté. C'est en ce sens que Pothier s'exprime : « La convention qu'il sera passé acte devant notaires ne fait pas dépendre de tel acte la perfection du marché ; il faut qu'il paraisse que l'intention des parties a été de l'en faire dépendre » (1). L'application du principe donne lieu à de nouvelles difficultés ; comme elles se présentent surtout en matière de vente, nous en ajournons l'examen au titre qui est le siége de la matière.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

450. C'est l'intitulé de la loi; à la question qu'il implique l'article 1108 répond en ces termes : « Quatre conditions sont essentielles pour la *validité* d'une convention : le *consentement* de la partie qui s'oblige, sa *capacité* de contracter, un *objet* certain qui forme la matière de l'engagement, une *cause licite* dans l'obligation. » Le code met ces quatre conditions sur la même ligne ; toutes sont également exigées pour la *validité* d'un contrat. Dans la doctrine généralement reçue, au contraire, on distingue. Trois des conditions énumérées par l'article 1108 sont requises pour l'*existence* d'une convention ; ce sont : le consentement, l'objet et la cause. Une de ces conditions, la capacité, est requise seulement pour la *validité* d'un contrat. Cela veut dire que si l'une des conditions nécessaires à l'existence d'une convention fait défaut, le contrat n'a aucune existence aux yeux de la loi, il est *inexistant* ou, comme le dit énergiquement l'article 1131, il ne

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 11. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 293, et note 21, § 343.

peut avoir aucun effet; tandis que si une condition requise pour la validité d'une convention manque, la convention ne laisse pas d'exister, elle n'est pas nulle de plein droit, dit l'article 1117, elle donne seulement lieu à une action en nullité. Le code n'a point de termes techniques pour distinguer les conventions qui n'ont pas d'existence légale de celles qui sont simplement annulables; il se sert du mot *nul* pour les unes et les autres. Ainsi l'article 1601 dit que la vente est *nulle* si, au moment où le contrat se fait, la chose vendue était périe en totalité; le mot *nul* signifie ici que le contrat n'existe pas aux yeux de la loi, qu'il ne peut avoir aucun effet. L'article 1599 dit aussi que la vente de la chose d'autrui est *nulle*; ici le mot *nul* signifie que le contrat existe, mais que la nullité en peut être demandée. Mieux vaudrait une expression différente pour les deux hypothèses qui sont essentiellement différentes. Les auteurs ne s'accordent pas; tantôt ils appellent *nul*, tantôt *nul de plein droit* (1) ou *inexistant* le contrat auquel il manque une des conditions requises pour son existence; et ils appellent *annulable* le contrat qui a une existence légale, mais qui peut être annulé. Nous choisissons parmi ces expressions celles qui sont les plus simples, en appelant *inexistant* le contrat qui n'a pas d'existence légale et *nul* le contrat annulable; cette dernière expression est légale, et c'est généralement dans ce sens que les auteurs du code l'emploient (art. 1596, 1597, etc.); la première n'est pas légale, mais elle est plus simple que celle de l'article 1117, *nul de plein droit*, elle évite la confusion que présente le mot *nul* dans nos textes, et elle marque clairement que le contrat déclaré *inexistant* ne saurait produire aucun effet, puisqu'un acte *inexistant* c'est le *néant*.

451. Nous avons déjà développé, à plusieurs reprises, la doctrine qui sert de base à la distinction des actes nuls et des actes inexistants (2); nous la rappellerons en deux mots. Un acte est inexistant quand il ne réunit pas les

(1) C'est l'expression de l'article 1117.

(2) Voyez le tome I[er] de mes *Principes*, p. 106, n° 71, et le tome II, p. 341, n[os] 269, 270.

conditions sans lesquelles il ne se conçoit pas, de sorte que l'acte n'a qu'une existence apparente; en réalité, rien n'a été fait, puisque ce qui a été fait n'existe pas aux yeux de la loi, c'est le néant. Le néant ne peut produire aucun effet; l'acte est nul de plein droit en vertu de la loi, sans qu'il soit besoin d'en demander la nullité; il ne donne lieu à aucune action; si c'est un contrat, il n'y a ni créancier ni débiteur; il ne dépend pas des parties de valider l'acte en le confirmant, parce que la nature des choses s'oppose à ce que le néant devienne valable; le temps qui finit par couvrir les vices d'un acte, en éteignant les actions, n'a aucune influence sur un acte nul, le néant reste toujours néant, il n'y a pas de prescription qui puisse le valider. Il en est tout autrement des actes que nous appelons nuls parce qu'ils donnent lieu à une action en nullité. Si l'action n'est pas intentée et si le juge ne prononce pas la nullité, l'acte produira tous les effets que la loi attache à l'acte pleinement valable. Est-ce un contrat, il y a un créancier et un débiteur. Il dépend du débiteur de valider l'acte en le confirmant; le temps seul le confirme, il suffit que l'action en nullité soit prescrite pour que l'acte devienne valable, en ce sens qu'il ne peut plus être attaqué.

452. Nous avons appliqué cette théorie au mariage(1), à la reconnaissance d'un enfant naturel (2), à l'adoption (3), aux délibérations des conseils de famille (4), aux donations (5) et aux testaments (6). Faut-il aussi l'appliquer aux contrats? Les applications que nous avons faites de la distinction des actes inexistants et nuls préjugent notre réponse; nous avons d'avance décidé la question. C'est l'article 1108 qui est le siége de la matière; il s'agit maintenant de prouver que la théorie est fondée en raison et qu'elle est consacrée par le code civil.

Que la distinction soit juste en théorie, cela est facile

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 341-355 et p. 430-447.
(2) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 95-109.
(3) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 311-325.
(4) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 590-605.
(5) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 278, n°s 217-229.
(6) Voyez le tome XIII, p. 506, n°s 449 et 450.

à démontrer. On admet généralement que quatre conditions sont requises pour l'existence d'une convention : le consentement, l'objet, la cause et la solennité dans les contrats solennels (1). Nous allons dire pourquoi chacune de ces conditions est nécessaire pour qu'un contrat existe, et nous dirons, en même temps, pourquoi d'autres conditions analogues ne sont exigées que pour la validité des conventions.

453. Conçoit-on qu'une convention existe sans consentement? La convention n'est autre chose que le concours des volontés du créancier et du débiteur. S'il n'y a pas de créancier qui stipule, pas de débiteur qui promette, il n'y a, en réalité, ni débiteur ni créancier; et comment y aurait-il une obligation sans qu'il y ait une personne obligée de l'exécuter et une personne au profit de laquelle l'obligation a été contractée, et qui a le droit d'en exiger l'exécution? L'absence de consentement, c'est le néant, et le néant ne saurait certes engendrer ni droit ni obligation.

Il ne faut pas confondre l'absence de consentement avec les vices du consentement, ni avec l'incapacité de consentir. Il y a des causes qui vicient le consentement; on a toujours admis le principe que le législateur français formule dans l'article 1109 : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. » C'est un principe de droit naturel; on pourrait le contester pour l'erreur, en ce sens que l'erreur semble exclure le consentement, ce qui conduirait à la conséquence que le consentement donné par erreur équivaut à l'absence de consentement. Nous n'entrons pas dans ce débat, qui nous éloignerait trop de notre sujet; nous admettons la théorie consacrée par le code : les vices du consentement, quels qu'ils soient, erreur, violence ou dol, ne rendent pas la convention nulle de plein droit, ils donnent seulement lieu à une action en nullité (art. 1117), tandis que l'absence de consentement fait qu'il n'y a point

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 491, n° 263.

de contrat. Cette différence est-elle fondée en raison? Nous venons de dire pourquoi l'on ne conçoit pas de contrat sans un concours de volontés. Quand les parties ont consenti, bien que leur consentement soit vicié, le concours de volontés existe, donc il y a contrat. Quelle doit être l'influence du vice sur la convention? Est-ce une raison suffisante pour que la loi elle-même annule le contrat, sans qu'il soit besoin d'une action en nullité? Non, car c'est une question d'intérêt privé que le législateur ne peut ni ne doit préjuger. Prenons pour exemple le vice le plus considérable, l'erreur; pourquoi le législateur déclarerait-il nulle de plein droit une convention contractée par erreur? Il se peut que les parties veuillent la maintenir, parce qu'il se peut que, malgré le vice qui l'entache, elle leur soit profitable. Or, en matière de conventions, la loi n'impose rien aux parties; loin de se mettre à leur place, elle leur laisse pleine et entière liberté. Qu'elle les laisse donc libres d'exécuter une convention dont elles auraient le droit de provoquer la nullité, s'il leur convient de renoncer à ce droit. Demandera-t-on pourquoi il n'en est pas de même lorsqu'il y a absence de consentement? C'est que, dans ce cas, il est impossible de donner un effet quelconque à la convention, parce qu'elle est inexistante. Les parties auraient beau vouloir l'exécuter, il n'y a rien à exécuter, puisque rien n'a été convenu; on n'exécute pas le néant, et le législateur ne donne pas sa sanction au néant; s'il sanctionne les conventions, c'est pour l'utilité des parties contractantes; et où est l'utilité du néant? Convient-il aux parties intéressées de traiter, elles en sont libres, ce sera une nouvelle convention; mais la liberté, quelque illimitée qu'on la suppose, ne peut pas aller jusqu'à vouloir que le néant oblige et que le néant donne des droits.

454. Maintenant on comprendra pourquoi la capacité de contracter n'est pas une condition nécessaire à l'existence des conventions. Il y a des incapacités naturelles de contracter, elles empêchent tout consentement et se confondent, par conséquent, avec la première condition requise pour l'existence d'un contrat. L'enfant qui n'a pas

atteint l'âge de raison ne peut ni stipuler ni promettre; s'il le fait, son consentement n'est qu'apparent, parce qu'il n'y a pas de manifestation de volonté sans raison. L'homme qui est privé de l'usage de sa raison par une maladie mentale, ne peut pas consentir, parce qu'il ne peut pas vouloir; le consentement qu'il donnerait ne serait donc pas un consentement, partant le contrat où il interviendrait ne serait pas un contrat.

Il y a d'autres incapacités que l'on peut appeler civiles. Sont incapables de contracter : les mineurs, les interdits, les femmes mariées. C'est la loi qui établit ces incapacités et qui en règle l'étendue et les effets. Certes une femme mariée est capable de consentir. Si le législateur la déclare incapable, c'est à raison de la puissance maritale; cette incapacité légale n'est pas absolue, puisque le contrat de mariage peut donner à la femme le droit d'administrer ses biens et de contracter pour les besoins de son administration. Il en est de même de l'interdit; il est frappé d'incapacité en vertu d'une présomption légale qui résulte du jugement d'interdiction; mais cette incapacité légale ne le rend pas incapable de consentir dans les intervalles lucides; on conçoit donc qu'un interdit consente, seulement la loi frappe ses actes de nullité pour sauvegarder ses intérêts et ceux de sa famille. Quant au mineur, il est certain que naturellement il est capable de consentir dès qu'il est parvenu à l'âge de raison; si la loi le déclare incapable, c'est qu'il n'a pas encore l'expérience des affaires; aussi ne lui permet-elle pas de demander la nullité par cela seul qu'il est mineur; pour qu'il puisse agir, il faut qu'il soit lésé.

Tel étant le fondement de l'incapacité civile, on comprend qu'elle ne rende pas les contrats inexistants; le but que le législateur a en vue en déclarant incapables certaines personnes serait manqué s'il annulait de plein droit tout ce qu'elles font. Pourquoi la loi annulerait-elle des actes que les parties intéressées veulent maintenir? La femme traite sans l'autorisation de son mari, mais le contrat qu'elle a souscrit lui est profitable, le mari l'approuve, la femme l'exécute : pourquoi le législateur s'opposerait-

il à ce qu'un contrat que toutes les parties intéressées veulent tenir reçoive son exécution? Il garantit suffisamment les intérêts de la femme et du mari en leur permettant d'agir en nullité; aller plus loin, en annulant lui-même ce que les parties contractantes ont intérêt à valider, ce serait dépasser le but, et le dépasser, c'est le manquer. Il en est de même des actes faits par un interdit. Il n'y a pas de raison de les déclarer nuls de plein droit : sont-ils nuisibles à l'interdit, son tuteur en demandera l'annulation et le tribunal les annulera : lui sont-ils profitables, l'interdit doit avoir le droit de les valider, puisque c'est uniquement dans son intérêt que la loi les annule. A plus forte raison, le législateur ne pouvait-il pas annuler de plein droit les actes faits par les mineurs; ils ne doivent être annulés que si le mineur est lésé, ce qui implique une action en nullité; les déclarer inexistants, c'eût été souvent léser les mineurs, alors que le seul but du législateur est de les mettre à l'abri de toute lésion en les protégeant contre l'inexpérience de leur âge.

455. L'objet est la seconde condition nécessaire pour l'existence de tout contrat. Cela résulte de l'essence même des conventions. Pourquoi le législateur leur donne-t-il l'appui de l'autorité publique? Domat nous l'a dit (n° 429); c'est que les contrats sont le seul moyen par lequel les hommes puissent se procurer les choses dont ils ont besoin pour leur vie matérielle, intellectuelle et morale. Donc on ne conçoit pas de contrat sans un objet certain que le créancier stipule et que le débiteur promet. Peut-il y avoir vente sans une chose qui en fasse l'objet? Comment le vendeur s'obligerait-il à transférer la propriété d'une chose qui n'est pas stipulée par l'acheteur? et comment l'acheteur s'obligerait-il à payer le prix d'une chose qui ne doit pas lui être livrée? Cela n'a point de sens. Pour qu'il y ait un créancier, il faut qu'il ait le droit de demander une chose; et pour qu'il y ait un débiteur, il faut qu'il soit tenu de livrer une chose. Si la convention manque d'objet, il n'y a ni créancier ni débiteur, donc pas de contrat. Cela est si évident, qu'il paraît inutile de le dire; et si nous le disons, c'est que la théorie des con-

trats inexistants est toujours controversée; il est donc bon de prouver qu'elle repose sur l'évidence, sauf à voir si la loi consacre ce que la raison proclame comme évident.

Dès qu'il y a un objet, le contrat existe; il se peut néanmoins que le contrat soit nul. Aux termes de l'article 1599, la vente de la chose d'autrui est nulle; le droit romain la déclarait valable. Cela déjà prouve qu'il ne saurait être question d'une de ces nullités radicales qui rendent le contrat inexistant. Nous dirons, au titre de la *Vente*, pourquoi les auteurs du code civil se sont écartés du droit romain et nous dirons aussi pourquoi la vente de la chose d'autrui est simplement nulle, c'est-à-dire annulable.

Il y a des choses qui ne peuvent pas faire l'objet des contrats. L'article 1128 consacre un principe de droit naturel, en disposant que les choses doivent être dans le commerce pour qu'elles puissent être l'objet des conventions. La loi permet, dans certains cas, aux particuliers de mettre leurs biens hors du commerce. C'est ainsi que la femme, en stipulant le régime dotal, met hors du commerce les immeubles qu'elle se constitue en dot; en conséquence il est défendu à la femme de les aliéner. Si elle les vend, la vente sera-t-elle inexistante? Non, car elle a un objet; seulement le fonds dotal ne peut être aliéné dans l'intérêt de la femme. La loi sauvegarde pleinement cet intérêt en permettant à la femme et même au mari de demander la nullité de la vente, et en déclarant qu'aucune prescription ne peut courir contre elle pendant le mariage (art. 1554, 1560 et 1561). C'eût été dépasser le but que de déclarer la vente inexistante : c'est une question d'intérêt privé qu'il fallait abandonner à l'appréciation de la femme après la dissolution du mariage. La loi le décide même ainsi dans un cas où les bonnes mœurs et l'ordre public sont en cause : elle défend aux magistrats d'acheter des créances litigieuses; toutefois elle ne considère pas la vente comme inexistante, elle la frappe simplement de nullité (art. 1597). Nous dirons la raison de ces dispositions au titre de la *Vente*.

456. La cause licite est placée par l'article 1108 parmi

les conditions requises pour la validité des conventions. Dans la doctrine que nous exposons, la cause est considérée comme une condition d'existence de tout contrat. Il suffit de définir la cause pour justifier cette théorie. C'est une matière très-obscure; nous nous bornerons, pour le moment, à rappeler ce que dit Domat de la cause dans les contrats synallagmatiques. Quelle est la cause de l'obligation du vendeur? Il s'oblige à transférer la propriété pour toucher le prix que l'acheteur s'engage à lui payer; tel est le motif juridique pour lequel il contracte; sans ce motif, son obligation n'a plus de raison d'être; c'est dire qu'il n'y a pas de vente si l'obligation de l'acheteur n'a pas de cause. Quelle est la cause de l'obligation de l'acheteur? Il s'oblige à payer le prix pour acquérir la propriété de la chose que le vendeur s'engage à lui livrer; il n'a pas d'autre motif juridique de contracter; si ce motif vient à tomber, son obligation n'a plus de raison d'être; il n'y a donc pas de vente quand, à défaut d'objet, l'obligation d'en payer le prix n'a point de cause.

Cela est encore plus évident de la cause licite. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. C'est la définition du code (art. 1133), et elle est l'expression du droit naturel. Le droit naturel nous dit aussi qu'une obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. Conçoit-on que le législateur sanctionne des conventions par lesquelles les parties violent une prohibition qu'il a établie? On dira qu'il suffit de la déclarer nulle. Non, car il dépendrait des parties intéressées de ne pas agir en nullité et de donner ainsi effet à un acte auquel le législateur ne veut pas et ne peut pas reconnaître d'effet; il faut donc que l'acte soit nul de plein droit; ce que la loi prohibe ne peut avoir aucune existence aux yeux de la loi. La cause est encore illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, alors même qu'aucune loi ne déclarerait la cause immorale. Il y a une loi que Dieu a gravée dans nos cœurs, c'est celle de notre développement moral, but suprême de notre vie. C'est pour seconder les hommes dans leur travail de perfectionnement que le législa-

teur leur donne une entière liberté de contracter; mais cette liberté a des limites, à raison du but même qui l'a fait consacrer; si le législateur laisse les hommes libres de contracter, c'est pour qu'ils se perfectionnent; les contrats, instruments du progrès moral, peuvent-ils jamais devenir des moyens de corruption? La conscience répond que les conventions immorales doivent être frappées d'une nullité absolue, radicale, de plein droit, en vertu de la loi. Enfin, la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, en prenant cette expression dans son sens le plus large, comme synonyme d'intérêt public. Lorsque les parties contractantes blessent l'intérêt général par leurs conventions, il va sans dire que ces conventions sont nulles; il n'y aurait plus de société possible si l'intérêt des particuliers n'était subordonné à l'intérêt général. Il ne suffit pas, pour sauvegarder l'intérêt de la société, que le contrat contraire à l'ordre public soit nul, c'est-à-dire annulable, car il faudrait une action judiciaire, et cette action ne serait intentée que s'il se trouvait une partie intéressée qui voulût agir; de sorte que l'intérêt social serait dans la dépendance et à la merci de l'intérêt individuel, ce qui ruinerait les bases de l'ordre public. Il faut donc que l'acte qui est contraire à l'ordre public n'ait aucune existence, aucun effet aux yeux de la loi.

457. La solennité est la dernière condition que la doctrine exige pour l'existence de certains contrats dits solennels. Nous en avons dit la raison en traitant des donations (1). Pourquoi la donation est-elle inexistante quand l'acte n'est point fait dans les formes voulues par la loi? C'est que la solennité se confond avec le consentement dans les contrats solennels, en ce sens que le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans la forme légale. La quatrième condition est donc, en réalité, identique avec la première : il n'y a pas de consentement quand le donateur l'a donné par acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel, et

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 280, nos 220-223.

sans consentement le contrat est radicalement nul ou inexistant.

Il en est tout autrement des écrits que les parties dressent pour constater leurs conventions. Ces formes n'ont rien de commun avec le consentement, elles ne concernent que la preuve, et la preuve est étrangère à la validité et à l'existence des conventions. La convention est valable, indépendamment de l'écrit qui la constate; elle produit tous ses effets, alors même qu'il n'y aurait pas d'acte ou que l'acte serait nul. Sans doute, il peut être difficile, il peut être impossible de prouver la convention à défaut d'écrit; mais la convention n'est pas pour cela inexistante, il dépend des parties de l'exécuter; tandis que si elle était inexistante, elles ne pourraient la valider ni par la confirmation ni par l'exécution volontaire. Le défaut de preuve ne peut donc être assimilé au néant.

458. Il nous faut voir maintenant si le code civil consacre la théorie que nous venons d'exposer. C'est l'avis de la plupart des auteurs, surtout des auteurs les plus récents (1). La jurisprudence est hésitante; tantôt elle applique la doctrine des contrats inexistants, tantôt elle la rejette. Cette inconséquence se conçoit. La théorie des actes nuls de plein droit n'est pas formulée d'une manière expresse par le législateur, c'est à peine si l'on peut dire que les auteurs la traitent avec la suite et la logique que demande notre science. L'incertitude est, en quelque sorte, de tradition. Dans l'ancien droit, d'excellents auteurs professaient notre théorie, dans son application la plus usuelle, en ce qui concerne les conventions qui sont contraires à l'ordre public. D'Argentré s'exprime avec sa netteté habituelle en parlant de ces conventions : il dit que les parties qui contreviennent à une prohibition d'ordre public ne font rien, c'est-à-dire que ce qu'elles font et disent est considéré comme non avenu ; leurs conventions n'ont aucun

(1) Nous avons cité, à plusieurs reprises, Zachariæ, qui formule la doctrine systématiquement. Comparez la traduction de Massé et Vergé, t. III, p. 470. Demolombe l'a adoptée (t. XXIV, p. 78, n° 76), ainsi que Marcadé, t. IV, p. 653, n° IV de l'article 1304. Mourlon, t. II, p. 667 et suiv.; Colmet de Santerre (Demante, t. V, p. 492 et suiv.).

effet en droit, elles ne méritent pas même le nom de contrat : ce sont de purs faits. D'Argentré ajoute la raison de cette rigueur : quand le législateur a établi une prohibition pour des motifs d'intérêt public, ce qui se fait à l'encontre ne peut avoir aucune valeur, c'est le néant (1).

Cette opinion n'était pas particulière au jurisconsulte breton ; c'était une opinion générale, il importe de le constater, car, dans le silence de la loi, la tradition est un élément décisif du débat. Nous allons entendre un magistrat. Bouhier, président au parlement de Bourgogne, dit : « *Nos auteurs* distinguent deux espèces de nullité. » Il y a d'abord les nullités *absolues ;* ce sont celles qui anéantissent radicalement l'acte, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avenu. C'est bien là ce que nous appelons un acte inexistant. Quand y a-t-il lieu à cette nullité radicale ? Bouhier donne des exemples : si les contractants n'étaient pas en état de consentir, c'est-à-dire s'il n'y avait pas de consentement ; ou s'il était question de choses qui ne tombassent point dans le commerce des hommes : telle serait une convention sur la succession d'un homme vivant. Il y a d'autres nullités que les auteurs appelaient *respectives,* nous dirions *relatives,* parce qu'elles ont été introduites en faveur de certaines personnes qui seules peuvent les invoquer : tels sont les contrats faits par les mineurs et autres semblables (2). L'exemple que donne Bouhier est caractéristique, ainsi que l'application qu'il fait de sa doctrine. Il dit, comme nous l'avons fait, que l'absence de consentement fait qu'il n'y a pas de convention ; tandis que s'il y a seulement une incapacité civile, la convention existe, mais l'incapable peut l'attaquer. Bouhier, comme d'Argentré, est surtout préoccupé de l'intérêt public ; il ne parle du défaut de consentement qu'en passant. Ce sont des hommes de pratique qui laissent de côté ce qui est de pure théorie. Si l'acte est contre les bonnes mœurs, ou qu'il ait mérité d'être prohibé pour

(1) « *Si contra fit,* NIHILI *est quod fit* » (D'Argentré, sur l'article 283 de la *Coutume de Bretagne,* p. 1230).

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne,* chap. XIX, nos 12 et 13.

quelque autre considération publique, la nullité est essentielle et radicale. Bouhier ajoute que ces nullités peuvent être proposées par toutes sortes de personnes; c'est, en effet, un caractère des actes inexistants que toute personne peut se prévaloir de leur inexistence (1).

La théorie des actes inexistants présente encore un autre intérêt pratique : ces contrats donnent-ils lieu à une action en nullité? sont-ils susceptibles d'être confirmés? se valident-ils par la prescription? Dunod répond à nos questions : Si la prohibition qui rend l'acte nul est fondée sur l'intérêt du public, la nullité est *absolue;* « la loi ne peut jamais donner aucun effet à un acte qu'elle prohibe en vue de l'intérêt de la société; la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni autorisé, ce qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception. » Voilà bien le néant, comme nous disons aujourd'hui. Il y a d'autres nullités qui sont établies dans l'intérêt des particuliers; telles sont les défenses d'aliéner les fonds dotaux et les biens des mineurs, de contracter sans l'autorité du mari, et autres semblables; elles n'annulent pas pleinement et absolument les actes qui sont faits; au contraire, ces actes subsistent à l'égard des tiers et ne sont déclarés nuls que quand les personnes que la loi a voulu favoriser le demandent; ils peuvent être confirmés : la nullité se prescrit par trente ans; après ce temps on ne peut la proposer que par voie d'exception (1). Tandis qu'il n'y a pas de prescription lorsque l'acte est frappé d'une nullité absolue; la loi résiste continuellement à leur exécution. Cette dernière remarque est de Guyot, l'auteur du *Répertoire* auquel Merlin a attaché son nom. Quand les répertoires reproduisent une doctrine, on peut être sûr qu'elle est entrée dans le domaine commun (2).

459. Cependant nous disons que la doctrine est restée incertaine dans l'ancien droit. Les applications qu'en font

(1) Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 47-49.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*.

les auteurs que nous venons de citer concernent surtout les matières d'ordre public. Il nous faut voir si la théorie était admise en principe. Or, les auteurs qui ont écrit sur les obligations, ceux-là, précisément, dans les écrits desquels le législateur français a puisé les principes de la matière, Domat et Pothier, n'ont aucune opinion arrêtée; on ne sait s'ils admettent notre distinction ou s'ils la repoussent. Ils l'admettent, à vrai dire, mais ils ne l'appliquent pas avec la rigueur que le jurisconsulte doit mettre dans ses déductions.

Domat commence par dire qu'il y a des *conventions qui sont nulles dans leur origine;* c'est le titre qu'il donne à un chapitre spécial, et il a un autre chapitre qui traite des *vices des conventions*. Voilà le germe de notre théorie, et Domat paraît l'adopter pleinement; les conventions nulles, dit-il, sont celles qui, manquant d'un *caractère essentiel*, n'ont *pas la nature d'une convention*. N'est-ce pas dire qu'il n'y a pas de convention? Les exemples que Domat cite sont des actes inexistants : « Comme si un des contractants était dans une imbécillité d'esprit ou de corps qui le rendît incapable de connaître ce à quoi il s'engage; si on avait vendu une chose publique, une chose sacrée ou autre qui ne fût point en commerce; ou si la chose vendue était déjà propre à l'acheteur. » Domat cite encore les conventions qui sont contraires aux bonnes mœurs; elles ne valent pas, dit la loi romaine, c'est dire qu'elles ne peuvent avoir aucun effet. Jusqu'ici Domat paraît entièrement d'accord avec notre théorie. Mais voici qu'il parle de l'erreur et de la violence qui annulent les conventions, et la confusion commence. « Les conventions où les contractants errent dans le sens, l'un entendant traiter d'une chose et l'autre d'une autre, sont nulles par le défaut de connaissance et de consentement à la même chose. » Il n'y a pas d'obligation, dit la loi romaine. C'est un des cas où, dans notre théorie, on déclare le contrat inexistant. Domat ajoute qu'il en est de même des conventions où la liberté est blessée par quelque violence. Or, la violence dont il parle, d'après le droit romain, est la crainte qui vicie le consentement mais ne l'empêche pas

d'exister, de sorte que le contrat vicié par la violence est simplement annulable. C'est mettre sur la même ligne des contrats inexistants et des contrats nuls. Domat cite encore les conventions contraires aux bonnes mœurs, telles que les traités sur la succession future d'une personne vivante et la vente d'un bien substitué. Ici la distinction est entièrement méconnue; la vente d'un bien substitué, loin d'être inexistante, est valable, sauf l'action en revendication du substitué, s'il y a lieu; tandis que les conventions contraires aux bonnes mœurs sont essentiellement et radicalement nulles, d'après l'énergique expression de Bouhier.

Quand Domat parle des conventions nulles, on croirait qu'il entend par là des actes qui ne sont que de purs faits, comme dit d'Argentré, et un simple fait n'a aucun effet légal. Dans la théorie des actes inexistants, on en conclut que ces actes n'ayant aucune existence, on n'en doit, on n'en peut pas même demander l'annulation. Demande-t-on la nullité du néant? Domat, au contraire, applique aux conventions *nulles* ce que nous disons des conventions *annulables* : « Celui qui s'en plaint ne peut se remettre lui-même dans les droits si l'autre n'y consent; mais il faut qu'il recoure à l'autorité de la justice pour faire juger de la nullité et le rétablir en son droit. » Si cela est vrai des actes inexistants, notre théorie tout entière est fausse. Domat entend-il par une convention nulle une convention inexistante? Nous n'oserions l'assurer, tant son langage est peu précis. Le chapitre qui suit est intitulé *De la résolution des conventions qui n'étaient pas nulles*; ici l'auteur dit en toutes lettres que la *nullité* fait qu'il n'y a eu que l'*apparence d'une convention*; ce qui est tout à fait la théorie moderne. En définitive, Domat aperçoit la distinction, mais il ne parvient pas à la préciser (1).

460. On invoque Pothier contre la théorie des actes inexistants, on l'invoque en faveur de cette théorie; preuve que sa doctrine n'est pas bien certaine. Nous dirons plus loin que la cour de cassation de Belgique a rejeté la dis-

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, p. 30-32

tinction dans une de ses applications les plus évidentes, le pacte successoire, pacte que la loi prohibe pour des considérations de bonnes mœurs et d'ordre public. Dans son réquisitoire, le procureur général se prévaut de l'autorité de Pothier. En traitant des divers moyens de nullité que l'on peut faire valoir contre un acte, Pothier dit : « Un acte peut être nul par le vice de la convention même qui fait la substance de l'acte, comme si elle est contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Par exemple, c'est un moyen de nullité contre un acte, autre qu'un contrat de mariage, s'il contient quelque paction touchant la succession d'un homme vivant. » De là M. Leclercq conclut que Pothier n'établit aucune distinction entre les nullités concernant la substance de l'acte et les nullités relatives à la forme de l'acte ou à la capacité de la personne. La même question s'est présentée devant la cour de Gand; l'avocat général, M. De Paepe, a soutenu l'opinion qui considère le pacte successoire comme inexistant; au passage de Pothier, invoqué par M. Leclercq, il oppose un autre passage. Une convention blesse les bonnes mœurs, elle est exécutée. Celui qui a payé doit-il commencer par faire annuler la convention? Il faut répondre affirmativement, si l'on admet que la convention est seulement nulle; tandis que, dans notre doctrine, on enseigne que l'acte étant inexistant, celui qui a payé n'en doit pas demander l'annulation, qu'il peut agir directement en répétition. Et quel est l'avis de Pothier? Il dit que l'action n'est pas une action en nullité, que c'est une action en répétition de l'indû (1). Voilà l'application de notre distinction. Mais ne nous hâtons pas trop de conclure, la doctrine de Pothier est aussi indécise que celle de Domat.

L'erreur est d'ordinaire un simple vice de consentement qui rend la convention nulle, c'est-à-dire annulable. Elle peut aussi empêcher le consentement; c'est ce que Pothier établit très-bien. Si quelqu'un entend me vendre une chose et que j'entende la recevoir à titre de prêt, il

(1) Pothier, *Procédure civile*, partie V, chap. IV, art. 1er; *Traité des obligations*, nos 42 et 43. Réquisitoire de De Paepe (*Belgique judiciaire*, 1873, p. 147).

n'y a ni vente ni prêt. Si quelqu'un entend me vendre une certaine chose et que j'entende acheter de lui une autre chose, il n'y a pas de vente, de même qu'il n'y en a pas quand quelqu'un veut me vendre pour un certain prix et que j'entends acheter pour un prix moindre; car dans tous ces cas il n'y a point de consentement. C'est l'application exacte de notre théorie. Mais il faut voir comment Pothier l'interprète. Il continue et dit : « L'erreur *annule* la convention, non-seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais aussi lorsqu'elle tombe sur une qualité substantielle de la chose. » Dans ce cas, l'erreur est un simple vice qui rend seulement le contrat annulable. Pothier met donc sur la même ligne un contrat qui n'existe pas à défaut de consentement et un contrat qui est nul pour vice de consentement. C'est la négation de notre doctrine. Pothier poursuit et arrive à l'erreur sur la personne; il pose la question en ces termes : « L'erreur sur la personne avec qui je contracte *détruit-elle pareillement* le consentement et *annule-t-elle la convention?* « Pothier répond, comme le fait le code civil, que l'erreur sur la personne n'est point une cause de nullité, à moins que la considération de la personne ne soit la cause principale de la convention. Qu'est-ce à dire? Quand Pothier parle d'une cause qui *détruit* le consentement, il ne veut pas dire que le contrat n'existe pas, il en conclut que la cause destructive du consentement *annule la convention*. C'est nier notre doctrine, puisque nous distinguons entre l'erreur qui *détruit* le consentement et l'erreur qui le *vicie*, et nous admettons que la première erreur rend le contrat *inexistant*, tandis que la seconde le rend seulement *nul* ou *annulable*.

Toutefois on aurait tort de conclure que Pothier repousse la distinction qui est la base de notre théorie; il l'admet bien formellement. La violence est aussi un vice du consentement; mais il y a une différence entre ce vice et l'erreur. Celui qui consent par violence, consent; c'est un consentement tel quel, dit Pothier; cela suffit pour qu'il y ait contrat, sauf à en demander la rescision. L'erreur, au contraire, fait qu'*il n'y a point eu absolument de con-*

trat(1). C'est notre théorie; quand il n'y a absolument pas de contrat, il n'y a rien, c'est le néant, comme disait d'Argentré. Voilà notre distinction, et si on l'admet, la théorie des actes inexistants en découle par voie de conséquence. Pothier admet encore la conséquence de notre doctrine qui a été consacrée par l'article 1339. Une donation est *nulle* dans le sens de cet article, c'est-à-dire inexistante. Peut-elle être confirmée? Non, répond Pothier, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé. Si la confirmation était revêtue des formes nécessaires pour une donation, elle vaudrait, non comme confirmation, mais comme nouvelle donation. Pothier admet donc notre théorie, mais il ne l'a jamais formulée d'une manière précise.

461. Quelle sera notre conclusion sur le droit ancien? Elle n'est pas absolue. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que le principe sur lequel repose notre théorie était généralement admis. Les auteurs reconnaissaient, et il est difficile de ne pas le reconnaître, qu'il y a une différence entre l'absence de consentement et le consentement vicié ; qu'il y a des cas où une convention n'existe absolument pas, pas même de nom, comme le dit si bien d'Argentré; tandis qu'il y a des conventions nulles qui sont de vraies conventions et en produisent tous les effets tant que le juge n'en a pas prononcé la nullité. Mais le principe, n'étant formulé par aucune loi, restait flottant et indécis. Lorsqu'on procéda à la rédaction du code civil, on aurait dû établir des principes certains. Mais les rédacteurs du code étaient tous des praticiens, et il faut s'en féliciter. Ils n'ont pas écrit un manuel, ils ont fait un code qui suffit aux besoins de la pratique. Or, l'intérêt pratique de notre théorie se révèle surtout dans son application à la confirmation et à la prescription. Nous allons voir qu'arrivés à l'action en nullité, les auteurs du code rencontrèrent la difficulté et qu'ils la résolurent dans le sens de notre doctrine.

Quand on admet qu'il y a des contrats inexistants, il

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 17, 18, 19 et 21. Nous citerons encore d'autres passages dans le cours de notre travail.

ne peut être question d'en demander la nullité, ni par conséquent de fixer un délai dans lequel l'action doit être intentée; la prescription suppose des actes qui existent et dont on doit provoquer l'annulation avant que la prescription de l'action soit accomplie. C'est ce que dit la cour de cassation dans ses observations sur le projet de code civil qui lui fut soumis : « Les conventions contraires aux bonnes mœurs ou à la prohibition de la loi ne sont point obligatoires; il n'est pas nécessaire de les attaquer par action en nullité, il suffit d'opposer cette nullité à celui qui en demande l'exécution sous forme d'exception, et l'exception est perpétuelle. » Quand donc est-il question d'intenter une action en nullité dans un certain délai? C'est quand on veut obtenir l'annulation d'une convention nulle ou annulable. La cour de cassation proposa une disposition en ce sens, en énumérant les cas les plus usuels dans lesquels la convention est viciée : « L'action en nullité, soit pour cause d'incapacité dans la personne qui s'est obligée, soit pour omission des formalités prescrites dans l'aliénation des biens des mineurs, soit pour cause d'erreur, de violence ou de dol, dure dix ans. » Le conseil d'Etat adopta cette disposition en retranchant l'énumération qui était inutile ou dangereuse; de là l'article 1304 qui fixe à dix ans la prescription de l'action en nullité. Cet article consacre implicitement la distinction que faisait la cour de cassation, distinction qui est la base de notre théorie (1). Pour s'en convaincre on n'a qu'à lire le rapport que Jaubert a fait au Tribunat. Jaubert avait professé le droit à Bordeaux, c'est un jurisconsulte; de là vient qu'il met plus de rigueur à établir la distinction entre les actes nuls ou annulables et les actes inexistants.

Jaubert rappelle la disposition de l'article 1108 aux termes duquel quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention, le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Le code semble confondre les conven-

(1) Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, t. II, p. 597. De Paepe, Réquisitoire (*Belgique judiciaire*, 1873, p. 141 et suiv.).

tions inexistantes et les conventions nulles. Jaubert rétablit la distinction dans son application à l'action en nullité.

Il y a des conditions dont l'absence fait qu'il n'y a pas de contrat. Jaubert cite comme exemples la cause illicite et l'objet. « Une cause illicite, c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, vicierait tellement la convention, qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable; *il n'y a pas de contrat.* Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation : *ce ne serait pas non plus un contrat.* » Qu'en résulte-t-il en ce qui concerne l'action en nullité? Il n'y a pas lieu à cette action lorsque le contrat n'existe pas : « Quand il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager; à quelque époque qu'il soit poursuivi, il est toujours admis à répondre qu'*il n'y a pas d'obligation.* »

Il y a d'autres conditions dont l'absence n'empêche pas le contrat de se former. Jaubert cite la capacité. Quel est l'effet de l'obligation contractée par un incapable? L'incapable ne peut être forcé à remplir son engagement malgré lui, il a le droit de le faire annuler. Mais ce n'est là qu'une faculté dont l'exercice est limité par la loi. S'il renonce à l'exercer, ou s'il ne le fait pas dans les formes et dans les délais voulus par la loi, l'engagement doit être exécuté. Il en est de même quand le consentement est vicié par l'erreur, la violence ou le dol; ces vices donnent aussi lieu à une action en nullité qui doit être intentée dans les dix ans; si le contrat n'est pas annulé dans ce délai, il reste dans toute sa force.

Jaubert conclut que l'action en nullité ne s'applique qu'aux cas où la convention peut produire une action, c'est-à-dire : 1° au cas de l'incapacité; 2° au défaut du consentement. Le rapporteur du Tribunat entend par là les vices du consentement dont il vient de parler. Il ajoute, et ceci est très-important, que cette doctrine est de tra-

dition : « Il était impossible de ne pas conserver l'*ancienne distinction* entre les actes *faussement qualifiés de contrats* et qui ne *produisent jamais d'action*, et les contrats qui ont contenu une obligation, et conséquemment le principe d'une action. Dans ce dernier cas, on ne peut pas dire qu'il n'y avait pas d'obligation, on devait se borner à déclarer que celui qui avait contracté l'engagement en pouvait demander la nullité (1). »

462. Nous insistons sur les travaux préparatoires, parce qu'on a prétendu que les auteurs du code ignoraient la distinction que la doctrine fait entre les actes nuls et les actes inexistants. La vérité est qu'ils l'ont formulée avec une grande précision dans les matières où il y avait un intérêt pratique à le faire. Telle est la nullité des conventions et leur confirmation. La confirmation surtout est un fait usuel et donne lieu à de nombreuses contestations. Dans le projet arrêté par le conseil d'Etat, on disait que la confirmation d'un acte *radicalement nul* n'était valable que si l'on y trouvait la substance de l'acte, la mention de la nullité et l'intention de la réparer. L'expression d'*acte radicalement nul* était employée par les anciens auteurs pour marquer les contrats que nous appelons inexistants. Le projet communiqué au Tribunat semblait donc dire que la confirmation s'appliquait même dans les cas où, d'après l'expression de Jaubert, il n'y avait aucune convention; or, précisément dans ce cas on ne conçoit pas la confirmation : peut-il s'agir de confirmer le néant? La section de législation du Tribunat demanda que la rédaction fût changée. « Il faut, dit-elle, une disposition conçue de manière que la ligne de démarcation soit bien clairement tracée entre les *nullités irréparables* et *celles qu'on peut réparer*.

Quelles sont ces *nullités irréparables?* Le Tribunat entend par là les cas où la convention n'existe pas et où, par conséquent, il ne peut y avoir de confirmation. Il cite comme exemples, d'abord les engagements contractés par les impubères; d'après le projet de code, ces engage-

(1) Rapport de Jaubert, n° 218 (Locré, t. VI, p. 218, 219).

ments n'étaient obligatoires en aucun cas, ni pour aucune des parties; la nullité était donc absolue et irréparable. Le Tribunat en donne la raison, c'est que la loi considère un acte pareil *comme n'ayant jamais existé.* Voilà le terme même d'acte *inexistant* dont on se sert aujourd'hui pour désigner les contrats qui n'ont aucune existence aux yeux de la loi; de ces contrats on peut dire que le néant ne se confirme pas. La section de législation met sur la même ligne les engagements contractés pour une cause illicite: le caractère de réprobation dont ils sont marqués ne peut jamais être effacé. Ces deux espèces d'engagements sont entachés d'un vice intrinsèque qui ne permet pas qu'ils puissent être validés. La confirmation ne reçoit donc d'application que dans les cas où le contrat existe, mais infecté d'un vice qui permet d'en demander la nullité (1).

La section de législation du Tribunat proposait de formuler la distinction des nullités irréparables et de celles qui peuvent être couvertes: « Les engagements contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être confirmés, soit tacitement, soit expressément. A l'égard de tous autres actes qui pourraient être frappés de quelqu'une des nullités prononcées par la loi, la confirmation de ces actes emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre eux. » Cette rédaction ne fut pas admise; mais à la suite de la conférence qui eut lieu entre les sections de législation du conseil d'État et du Tribunat, on modifia le projet primitif dans le sens de l'article 1338 du code civil. La rédaction définitive ne parle plus des actes *radicalement nuls,* elle remplace cette expression par des termes empruntés à la proposition du Tribunat : la confirmation ne s'applique qu'aux obligations *contre lesquelles la loi admet l'action en nullité,* ce qui implique un acte annulable : là où il n'y a pas de convention, il ne peut être question d'une action en nullité ni, par conséquent, de confirmation.

C'est en ce sens que le rapporteur et l'orateur du Tribunat expliquent l'article 1338. Jaubert formule la pensée

(1) Observations du Tribunat, n° 73 (Locré, t. VI, p. 136).

de la loi avec une netteté remarquable. « Une idée vraie et simple, dit-il, c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de *prétendues conventions* dont la loi *n'a jamais reconnu l'existence*. La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut donc y avoir lieu à confirmation. Pour ce qui est des actes contre lesquels la loi n'admet que la voie de la rescision, ils sont susceptibles d'être confirmés. » Mouricault, l'orateur du Tribunat, est tout aussi explicite. « La confirmation ne peut jamais valider les conventions *dont la loi ne reconnaît pas l'existence* et qui, en conséquence, ne lient personne : telles sont les conventions qui ont pour objet une chose mise hors du commerce, celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seulement la faculté d'attaquer par voie de nullité et qui du moins obligent l'une des parties, ils peuvent être utilement confirmés (1). »

463. Nous n'attachons pas grande importance aux discours prononcés devant le corps législatif; œuvre individuelle de l'orateur, ils n'expriment pas toujours la vraie pensée de la loi. Les rapports faits au Tribunat ont une plus grande autorité, parce qu'ils sont présentés au nom de la section de législation. Dans l'espèce, il y a plus que des discours; l'article 1338 a été modifié dans le sens des observations du Tribunat; le texte même du code porte donc l'empreinte de la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls. Il est vrai que la distinction n'a pas été formulée en termes exprès, comme le demandait le Tribunat. C'est sans doute parce qu'elle a paru être de pure théorie, et le code n'est pas un manuel. Du reste la rédaction proposée par la section de législation du Tribunat était incomplète, elle ne comprenait pas tous les cas dans lesquels un contrat est inexistant; mieux valait donc

(1) Jaubert, Rapport, n° 24 (Locré. t. VI, p. 231). Mouricault, Discours, n° 52 (Locré, t. VI, p. 256).

abandonner cette matière à la doctrine. Toutefois il n'est pas exact de dire que le code ignore la théorie des actes inexistants, elle y est consacrée formellement en ce qui concerne la cause, l'objet et les solennités.

L'article 1131 porte : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, *ne peut avoir aucun effet.* » C'est dire en termes énergiques qu'une obligation pareille n'existe pas, qu'elle ne donne pas lieu à une action en nullité, qu'elle ne peut être confirmée, qu'elle ne peut devenir valable par aucune prescription ; elle est et elle restera toujours sans effet. Nous dirons plus loin ce que l'on entend par cause. Une vente est nulle pour défaut de cause quand elle manque d'objet; car, dans ce cas, l'obligation contractée par l'acheteur de payer le prix ne se conçoit pas, elle est sans cause, puisque le seul motif juridique pour lequel l'acheteur s'oblige à payer le prix, c'est l'obligation contractée par le vendeur de lui transférer la propriété de la chose qui fait l'objet du contrat. Aux yeux de la loi, une obligation dépourvue de cause n'a pas d'existence, car si le législateur sanctionne les contrats, c'est pour l'utilité des parties contractantes: et quelle serait l'utilité d'une vente qui manquerait d'objet? C'est en ce sens que l'article 1601 dit que la vente serait *nulle* si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité. Le mot *nul* signifie ici *inexistant*; l'article 1131 le prouve, car la vente est sans objet lorsque la chose vendue était totalement détruite au moment du contrat, et une vente sans objet est une vente sans cause; c'est dire qu'elle ne peut produire aucun effet, donc elle est inexistante.

L'article 1339 consacre la théorie des actes inexistants en ce qui concerne les formalités des contrats solennels. Après avoir dit, dans l'article 1338, que les obligations contre lesquelles la loi admet l'action en nullité peuvent être confirmées, le législateur ajoute : « Le donateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les *vices* d'une donation entre-vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » Tous les actes qui existent, quoique viciés, peuvent être confirmés. Pourquoi le vice

qui entache la donation nulle en la forme ne peut-il pas être effacé? Parce qu'il y a un vice qui ne se répare point. Confirmer, c'est valider la convention dans son origine au moment même où elle a été formée. Or, conçoit-on que l'on valide une convention alors qu'il n'y a pas de convention? Donc dire qu'une convention ne peut être confirmée, c'est dire qu'il n'y a pas de convention. En ce sens l'article 1338 dit que le donateur qui veut donner effet à sa libéralité quand l'acte est nul en la forme, doit faire un nouvel acte. Le premier reste inexistant. Donc les formes qui constituent la solennité sont nécessaires pour que l'acte existe. On objecte l'article 1340 qui permet aux héritiers du donateur de confirmer la donation nulle en la forme. Nous dirons, en traitant des actes confirmatifs, quelle est la raison de cette apparente anomalie; elle ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur n'est pas un théoricien, il se décide par des motifs d'utilité et ne recule pas devant une inconséquence quand l'intérêt pratique la commande.

Reste le consentement. Au titre des *Obligations*, il n'y a pas de disposition qui déclare le contrat inexistant à défaut de consentement. L'article concernant les obligations contractées par des impubères a été retranché. On cite d'ordinaire l'article 146, aux termes duquel il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. On peut dire la même chose de toute convention : il n'y a point de convention sans consentement, par l'excellente raison que le contrat n'est autre chose qu'un concours de consentement; là où personne ne consent il ne peut être question d'une obligation : il n'y a rien, c'est le néant. En théorie, cela est de toute évidence, mais pour le moment nous demandons si le code consacre notre théorie. Nous n'osons pas invoquer l'article 146 à l'appui de la distinction des actes inexistants; autant le texte est clair, autant le sens de la loi devient obscur et douteux, quand on lit la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat; nous l'avons analysée ailleurs (1); la conviction qui en résulte,

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 349, nos 277 et suiv.

c'est que le conseil d'Etat n'entendait pas, en formulant l'article 146, consacrer une théorie sur laquelle les esprits étaient divisés, à ce point que l'on ne sait quelle était l'opinion du conseil.

Est-ce à dire que, dans la pensée des auteurs du code, le consentement ne soit pas une condition requise pour l'existence des conventions? Un contrat sans consentement serait-il simplement un contrat nul, c'est-à-dire annulable? Jaubert dit le contraire dans son rapport au Tribunat sur l'article 1338, et le texte même du projet disait le contraire en déclarant sans effet aucun l'engagement contracté par un impubère. Il y a plus; l'article 1339 décide implicitement que là où il n'y a point de consentement il n'y a point de contrat. Pourquoi les formes sont-elles une condition d'existence dans la donation? On n'en peut donner d'autre raison, sinon que le consentement du donateur est censé n'avoir pas existé quand il n'est pas manifesté dans les formes légales. C'est donc parce que le défaut de consentement rend les conventions inexistantes que le défaut de solennités rend la donation inexistante. On dira que l'article 1108 rejette implicitement notre théorie, puisqu'il considère le consentement comme une condition essentielle pour la *validité* de la convention, ce qui semble prouver que le code ignore la distinction que la doctrine établit entre la validité des conventions et leur existence. La vérité est que les auteurs du code ne procèdent pas systématiquement; le législateur n'a pas à se préoccuper des distinctions de pure théorie; or, la distinction des actes inexistants est de pure théorie en ce qui concerne le consentement. Qui donc songe à faire une convention sérieuse avec un enfant? Voilà pourquoi on a retranché la disposition relative aux engagements des impubères. Qui songe à traiter avec une personne qui n'a pas l'usage de sa raison? Le législateur a résolu les difficultés qui se présentent d'ordinaire en réglant les effets des actes passés par les interdits, ou par les aliénés colloqués dans un hospice. Généralement ces dispositions suffisent aux exigences de la pratique, et c'est tout ce dont le législateur doit prendre souci.

464. Les difficultés ne manquent pas dans l'application des principes que nous venons d'établir d'accord avec la doctrine. Nous les examinerons au fur et à mesure qu'elles se présenteront, comme ont fait les auteurs du code civil. Pour le moment, nous nous bornerons à traiter quelques questions générales concernant les actes inexistants. Dans notre opinion, le contrat est inexistant lorsque les parties contractantes ne sont pas en état de consentir. Nous laissons de côté les enfants qui ne sont pas encore arrivés à l'âge de raison; restent les aliénés et les personnes qui se trouvent dans un état d'ivresse tel, qu'elles n'ont plus l'usage de leurs facultés intellectuelles. Il y a, dans ces cas, plus qu'une incapacité de s'obliger, il y a impossibilité de consentir; il n'y a donc pas de consentement, partant pas de contrat. En théorie, cela n'est pas contesté, mais on prétend que les textes du code repoussent notre théorie. Quand l'aliéné est interdit, quel est le sort des actes qu'il passe postérieurement à l'interdiction et de ceux qu'il a faits avant d'être interdit, à une époque où il était déjà dans un état habituel d'imbécillité, de démence et de fureur? Le code répond que ces actes sont nuls, en ce sens que la nullité en peut être demandée; mais il faut qu'on la demande, sinon l'acte, quoique fait par un aliéné, sera entièrement valable; c'est bien nier, dit-on, que l'acte soit inexistant (1). Il est facile de répondre à l'objection, et la réponse nous paraît péremptoire. A quels cas s'appliquent les articles 502 et 503? Ils supposent qu'il y a un jugement d'interdiction, et ils permettent d'attaquer les actes faits par l'interdit après ou avant le jugement : l'annulation sera prononcée, dans le premier cas, sur la seule preuve que l'acte a été fait postérieurement au jugement qui prononce l'interdiction et, dans le second cas, quand l'acte a été fait à l'*époque* où la cause de l'interdiction existait notoirement. Si, dans l'une et l'autre hypothèse, on prouvait qu'au moment même où l'acte a été passé, l'interdit n'avait pas

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 290, note 4, § 343. En sens contraire, Marcadé, Demolombe et Zachariæ.

l'usage de sa raison, l'acte serait plus que nul, il serait inexistant, parce que le consentement serait impossible. Mais il est très-difficile de prouver qu'à un moment donné une personne jouit ou est privée de ses facultés intellectuelles. C'est précisément pour échapper à ces difficultés que le législateur a organisé l'interdiction et la collocation des aliénés dans un hospice. Il en est de même des cas prévus par l'article 504 : la loi ne permet pas d'attaquer les actes d'une personne non interdite, après sa mort, à moins que l'interdiction n'ait été provoquée ou que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. On induit de cette disposition que les actes faits par un aliéné non interdit ne peuvent être attaqués que par l'action en nullité, ce qui implique que ces actes existent, qu'ils sont simplement nuls ou annulables. La loi ne dit pas cela; elle dit en termes vagues que les actes peuvent être attaqués sans s'expliquer sur la nature de l'action qui sera intentée; la question doit donc être décidée d'après les principes, et les principes ne laissent aucun doute. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de l'*Interdiction* (1).

Les mêmes principes s'appliquent à l'ivresse. Il y a quelque hésitation dans la jurisprudence quant au sort des actes passés par une personne ivre. Pour que la question de la nullité ou de l'inexistence des actes puisse se présenter, il faut d'abord supposer que l'ivresse a privé momentanément la personne ivre de l'usage de ses facultés. Si, dans cet état, elle souscrit une convention, sera-t-elle obligée? La cour de Colmar a décidé que l'acte ne pouvait être attaqué, à moins que l'ivresse n'eût été provoquée par celui au profit duquel l'obligation a été contractée, ou que l'acte ne prouvât l'état de déraison de celui qui l'a souscrit (2). Il est inutile de combattre cette décision, parce qu'elle n'est fondée sur aucun principe. Y a-t-il consentement quand celui qui consent en apparence est dans l'impossibilité de consentir? Telle est la

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 385, nos 323-328.
(2) Colmar, 27 août 1819 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 348).

question, et vraiment la question n'en est pas une. Il est certain qu'il n'y a pas de convention là où il n'y a pas de consentement; si, comme le constatent les arrêts, la personne ivre était complétement incapable de manifester sa volonté, tout est décidé. Il est vrai que les cours ne disent pas que le contrat est inexistant; la raison en est bien simple, c'est que la difficulté n'a pas été soulevée, parce que le demandeur n'avait aucun intérêt à le faire. Le langage des arrêts est, du reste, si peu exact, que l'on ne peut y attacher aucune autorité; ainsi la cour de Rouen dit que l'ivresse est une cause de *résolution* de la convention; peut-être a-t-elle voulu dire que le demandeur ne poursuit pas l'annulation de l'acte, qu'il demande seulement à être dégagé d'une obligation qui n'existe qu'en apparence (1). Une autre cour dit que l'ivresse était telle, que le consentement était impossible (2); donc il n'y avait pas de consentement et, par suite, pas de contrat.

Il est vrai que la tradition est contraire. Domat et Pothier confondent l'ivresse et la démence avec les causes civiles qui rendent une personne incapable de contracter, ils mettent toutes les causes d'incapacité sur la même ligne (3). Nous avons dit combien la doctrine de ces auteurs est indécise dans notre matière : tantôt ils distinguent le contrat nul et le contrat qui n'existe qu'en apparence, tantôt ils semblent les confondre. Il faut donc s'en tenir aux principes, et les principes ne laissent aucun doute. L'ivresse, dit Duranton, fait qu'il n'y a point de consentement (4); cela est décisif, c'est dire qu'il n'y a pas de convention.

465. Les contrats nuls donnent lieu à une action en nullité dont il est traité dans la section VII du chapitre de l'*Extinction des obligations*. Il faut donc que la nullité soit demandée et prononcée par le juge. C'est en ce

(1) Rouen, 17 juin 1845 (Dalloz, 1845, 4, 366).

(2) Toulouse, 25 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 239). Comparez Rennes, 14 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 2, 5), et les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Obligations*, n[os] 348 et 349.

(3) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XVIII, p. 148. Pothier, *Des obligations*, n[o] 49.

(4) Duranton, t. X, p. 81, n[o] 103.

sens que l'article 1117 dit que la convention contractée par erreur, violence ou dol *n'est point nulle de plein droit;* ce qui implique qu'il y a des cas où un contrat est nul sans que la nullité doive être prononcée par le juge; pour mieux dire, des cas où, d'après l'expression du tribun Jaubert, il n'y a point de contrat. Ceci n'est pas sans difficulté, et on en fait une objection contre la théorie des contrats inexistants. Il y a au moins, dit-on, une apparence de contrat, un acte revêtu de la signature des parties contractantes : celui qui est obligé en vertu de cet acte n'a qu'un moyen de se mettre à l'abri de la poursuite du créancier, c'est d'en demander la nullité, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Sans doute, le prétendu débiteur, s'il est poursuivi, doit opposer qu'il n'y a pas de dette; il peut même prendre l'initiative et former une action en justice. Mais que demandera-t-il? Que le juge annule la convention? Non, il ne pourrait pas même formuler sa demande en ces termes, car logiquement il est impossible que le juge prononce la nullité d'un contrat, alors que légalement il n'y a point de contrat; on n'annule point le néant. Tout ce qu'il peut demander et tout ce que le juge peut décider, c'est qu'il n'y a jamais eu de convention. Dira-t-on que c'est une question de mots? Non, la différence est grande entre la nullité prononcée par le juge et le jugement par lequel il déclare qu'il n'y a point de contrat. Dans le premier cas, la partie intéressée doit agir dans les dix ans, sinon le contrat est validé par son silence en vertu d'une confirmation tacite, et elle ne pourra même plus, dans notre opinion, opposer l'exception de nullité. Tandis que s'il n'y a point de contrat, le prétendu débiteur pourra toujours demander, par voie d'action ou d'exception, que le juge le délie du lien apparent d'une obligation qui n'existe point; aucune confirmation, ni expresse, ni tacite, ne peut lui être opposée, car on ne confirme pas le néant.

Il reste une difficulté. Il se peut que le débiteur, se croyant obligé, ait exécuté le contrat; l'acheteur a payé le prix ou le vendeur a livré la chose : ils pourront agir en répétition. Cette action ne doit-elle pas être intentée

dans les trente ans? Et si la partie intéressée répétait, après l'expiration des trente ans, ce qu'elle a payé indûment, ne pourra-t-elle pas être repoussée par la prescription? L'affirmative n'est point douteuse. Eh bien, dira-t-on, voilà le contrat inexistant qui produira un effet, puisqu'il a été exécuté et que l'exécution subsiste. Que devient donc la théorie qui enseigne que les actes inexistants n'ont aucun effet? Nous répondrons d'abord que ce n'est pas la théorie qui le dit, c'est le code civil; l'article 1131 dit en toutes lettres qu'un contrat sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet; ce qui n'empêche pas que la répétition, si un contrat pareil a été exécuté, ne doive avoir lieu dans les trente ans. L'anomalie n'est qu'apparente; l'action en répétition, loin de prouver contre notre théorie, vient à l'appui des principes que nous venons d'exposer. Si le contrat sans cause avait une existence juridique, il devrait être attaqué par voie d'action en nullité, et l'action devrait être intentée dans les dix ans; de sorte que le débiteur ne pourrait pas répéter dans le délai ordinaire de la prescription, car pour répéter il devrait demander la nullité, et il ne peut la demander que dans les dix ans; après ce délai, le contrat serait confirmé et, par suite, le débiteur ne serait pas admis à dire qu'il a payé ce qu'il ne devait pas. Il n'en est pas de même dans la théorie des actes inexistants. Le prétendu débiteur peut répéter ce qu'il a payé, sans devoir, au préalable, poursuivre l'annulation du contrat en vertu duquel il a fait le payement indû, car il n'y a pas de contrat, il n'y a pas de dette; il est resté propriétaire de la chose payée, il peut la revendiquer contre tout détenteur, s'il s'agit d'un immeuble; si on lui oppose le contrat, il répondra qu'il n'y a point de contrat. Il est vrai que cette action en répétition ou en revendication est limitée à trente ans. Est-ce à dire qu'après trente ans le contrat qui n'avait aucune existence juridique deviendra un contrat obligatoire? Cela est impossible; le néant ne peut jamais être appelé à la vie. Si après trente ans l'action en répétition est éteinte, c'est que l'intérêt de la société exige que toute action se

prescrive; c'est à raison de cet intérêt social que le débiteur ne peut plus agir, ce n'est pas parce que réellement il est débiteur : celui qui n'est pas débiteur ne peut pas le devenir par le seul laps de temps (1).

L'action en nullité diffère encore, sous un autre rapport, de l'action qui naît d'un contrat inexistant. Quand un contrat est nul, la nullité ne peut être demandée que par celle des parties contractantes dans l'intérêt de laquelle la loi prononce la nullité, à moins que la nullité ne soit d'ordre public; dans ce cas, toute partie intéressée peut s'en prévaloir. Cette distinction n'est pas applicable aux contrats inexistants : toute personne à qui l'on oppose un acte qui n'existe pas peut répondre qu'il n'y a point de contrat. C'est une conséquence logique du principe qu'un contrat inexistant ne peut avoir aucun effet. Nous avons dit plus haut (n° 458) que cette conséquence était admise dans l'ancien droit.

SECTION I. — Du consentement.

§ Ier. *Qui doit consentir?*

466. L'article 1108 exige le consentement de la partie qui s'oblige. Domat s'exprime plus exactement en disant que les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel, donné et arrêté réciproquement (2). La rédaction de l'article 1108 est critiquée par tous les auteurs. Il est d'évidence que le seul consentement du débiteur ne suffit point pour qu'il y ait une obligation, il faut aussi le concours de la volonté du créancier; le terme même de consentement implique un concours de volontés qui s'unissent pour engendrer une obligation et un droit corrélatif. Tant que le débiteur seul consent à s'obliger, il n'y a qu'une offre; or, l'offre n'oblige point celui qui l'a faite tant qu'elle n'est point acceptée; jusque-là il n'y a pas de

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 493, n° 262. Mourlon. *Répétitions*, t. II, p. 669.

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, p. 20, n° 8.

débiteur, parce qu'il n'y a pas de créancier, donc il n'y a pas de convention.

467. Il peut y avoir plus de deux personnes dans un contrat; plusieurs personnes peuvent s'obliger, plusieurs personnes peuvent stipuler. On demande si, dans ce cas, il faut le consentement de toutes ces personnes pour que la convention se forme. Cela suppose que le concours de volontés n'a pas lieu immédiatement; il y a une offre faite à plusieurs personnes, quelques-unes acceptent, les autres n'acceptent pas. Le contrat se formera-t-il entre celui qui a fait l'offre et ceux qui l'ont acceptée? C'est une de ces questions que les auteurs discutent *à priori* et qu'ils feraient mieux d'abandonner à l'appréciation du juge, parce que la décision dépend des circonstances de la cause; et comme ces circonstances sont essentiellement variables, il est impossible que la doctrine les prévoie dans tous leurs détails; le bon sens du juge vaut mieux que toute la science du jurisconsulte pour décider des questions de fait et d'intention. Celui qui a fait l'offre et ceux qui l'ont acceptée ont-ils entendu traiter définitivement, alors même que les autres n'accepteraient pas, il y aura contrat; sinon le contrat ne se formera point, par défaut de consentement (1).

§ II. *Qu'est-ce que consentir?*

N° 1. DE L'OFFRE.

468. Le consentement est un concours de volontés; l'étymologie du mot *consentir* indique que deux personnes veulent une même chose; l'une d'elles fait une offre, c'est-à-dire déclare vouloir cette chose, et l'autre déclare vouloir ce qu'on lui propose. Il y a donc deux éléments dans le consentement : l'offre et l'acceptation. Ce concours de volontés formera une convention si l'une des parties entend conférer à l'autre le droit d'exiger en justice l'accom-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 291, et note 7, § 343, et les autorités qu'ils citent.

plissement de ce qu'elle offre et si l'autre entend acquérir ce droit.

469. On donne le nom de *pollicitation* à l'offre qui n'est pas encore acceptée. La pollicitation n'oblige pas celui qui a fait l'offre tant qu'elle n'est point acceptée. Pothier, qui aime à montrer que le droit positif est d'accord avec le droit naturel, prend soin de prouver que, d'après le pur droit naturel, la pollicitation ne produit aucune obligation proprement dite. Celui qui a fait une promesse peut s'en dédire tant que son offre n'est point acceptée par celui à qui elle a été faite. La raison en est simple et décisive : l'obligation a pour corrélatif nécessaire un droit qui permet d'en exiger l'accomplissement; de même qu'il n'y a point de droit sans obligation, il n'y a point d'obligation sans droit. Or, personne ne peut acquérir un droit sans sa volonté; je ne puis pas vous donner, par ma seule volonté, un droit sur mes biens, il faut que votre volonté concoure avec la mienne pour que vous acquériez la propriété de la chose que je veux vous transmettre; de même, je ne puis vous accorder un droit contre ma personne sans que votre volonté concoure, pour l'acquérir avec la mienne, par l'acceptation que vous ferez de ma promesse. Pothier ajoute que le droit romain admettait une exception à ce principe, en validant de simples pollicitations qu'un citoyen faisait à sa ville, mais qu'en droit français il n'y a plus de pollicitations obligatoires (1). Cela ne fait aucun doute, et néanmoins la question a été portée bien des fois devant les tribunaux; voilà pourquoi nous avons reproduit la démonstration de Pothier, quelque élémentaire qu'elle soit; on doit insister sur les principes alors même qu'ils paraîtraient évidents.

470. Aux titres de la *Vente* et du *Louage*, nous examinerons les difficultés auxquelles donnent lieu les promesses de vendre et de louer. Pour le moment, nous nous bornerons à rapporter quelques applications empruntées à la jurisprudence.

Pothier a raison de discuter les questions de droit au

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 4.

point de vue de l'équité naturelle, car les hommes sont disposés à écouter la voix d'une équité parfois trompeuse, de préférence aux enseignements du droit, que la plupart ignorent. Des cours d'appel même s'y sont trompées. La cour de Montpellier a déclaré valable une proposition non acceptée, sous prétexte qu'il serait trop dur que l'une des parties ne pût agir alors que l'autre peut exercer ses droits dans toute leur rigueur. C'était violer le principe élémentaire écrit dans l'article 1101, d'après lequel le contrat ne se forme que par le concours de la personne qui s'oblige et de la personne en faveur de laquelle l'obligation est consentie; l'arrêt fut cassé pour excès de pouvoir (1).

Il y a des débats qui ne devraient jamais être portés devant les tribunaux : la loi oblige les enfants à fournir des aliments à leurs père et mère; à défaut de la loi, le cri de la nature ne devrait-il pas suffire? Quand il y a plusieurs enfants dont la position est différente, la part contributoire de chacun doit se régler d'après les facultés du débiteur. De là des contestations affligeantes que le juge est appelé à décider. Dans un de ces procès, on se prévalut de la promesse qu'un enfant avait faite de recevoir, nourrir et entretenir son vieux père, mais celui-ci avait refusé; dès lors il n'y avait aucune obligation; la dette, civile tout ensemble et naturelle, continuait à peser sur tous les enfants; tous furent condamnés à payer à l'auteur de leurs jours une modeste pension qui s'élevait en tout à deux cents francs (2).

De singulières complications ont fait porter jusque devant la cour de cassation des procès où il s'agit de décider qu'une offre non acceptée n'est pas obligatoire. Un ouvrier est blessé en travaillant dans une carrière. Action en dommages-intérêts contre l'employé et contre la compagnie dont il est le commettant. Devant quel tribunal la demande doit-elle être portée? L'ouvrier poursuit l'employé devant le tribunal de son domicile; la compagnie

(1) Cassation, 18 août 1818 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 47, 1°).
(2) Grenoble, 8 avril 1870 (Dalloz, 1870, 2, 226).

prétend qu'ayant fait des offres, elle était devenue débitrice principale et que le procès devait être porté devant le tribunal de son domicile. Arrêt qui rejette cette prétention. Recours en cassation. La cour décide que les offres faites par les commettants n'ayant pas été acceptées, l'employé était resté le débiteur principal; que, par suite, l'action avait été valablement intentée devant le juge de son domicile (1).

Le principe que la pollicitation n'est pas obligatoire reçoit son application à toutes les matières, cela va sans dire, car le droit commun oblige tout le monde, les communes et l'Etat aussi bien que les particuliers. Un propriétaire est lésé par des travaux d'utilité publique faits par une commune; il déclare accepter l'indemnité proposée par les experts; la commune refuse. Nouvelle expertise qui évalue le dommage à 44,000 francs, tandis que la partie lésée s'était contentée d'abord d'une indemnité de 23,000 francs. La commune invoque alors l'offre primitive. Mais le conseil d'Etat donna gain de cause au propriétaire : ses offres ayant été refusées, il n'en était résulté aucun lien d'obligation; il rentrait, par conséquent, dans la plénitude de ses droits (2).

En matière de droit fiscal, il est aussi de principe que les offres non acceptées ne produisant ni contrat ni obligation; il n'y a pas lieu de percevoir les droits qui ne sont dus que pour une convention définitive (3).

471. Pour que le concours de volontés forme un contrat, il faut que l'acceptation et l'offre soient identiques, c'est-à-dire qu'elles correspondent en tous points. Cela résulte de la notion même du consentement. Peut-on dire que deux personnes veulent la même chose quand l'un veut vendre le fonds A et que l'autre veut acheter le fonds B? quand l'un veut vendre pour 20,000 francs ce que l'autre n'entend payer que 15,000? quand l'un veut prêter et que l'autre veut acheter? Dans tous les cas, il y

(1) Rejet, 19 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 221).
(2) Décret du conseil d'Etat, du 13 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 3, 39).
(3) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 16 juin 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 271), et Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 166.

a des offres non acceptées, donc il ne naît pas d'obligation. On a cependant proposé des hypothèses dans lesquelles, malgré la différence qui sépare les parties, il y a ou il peut y avoir concours de volontés. J'offre de vous prêter vingt, vous acceptez dix : y aura-t-il prêt pour dix? Question controversée; Paul et Ulpien disent oui, Gajus dit non; Justinien se range de ce dernier avis; les auteurs modernes se partagent (1). Encore une de ces questions que l'on agite à l'école en pure perte, car c'est une question d'intention; et comment décider *à priori* quelle sera, dans les diverses circonstances, la volonté des parties intéressées? Abandonnons au juge le soin de décider les questions de fait, il le fera mieux que le plus subtil des théoriciens.

N° 2. DE L'ACCEPTATION.

472. D'ordinaire l'offre et l'acceptation se font entre personnes présentes, et l'une suit immédiatement l'autre; le contrat se forme au moment même. Mais il se peut aussi que l'une des parties fasse une offre, que l'autre partie se réserve d'accepter ou de refuser; dans ce cas, l'acceptation se fait après un délai plus ou moins long. Lorsque les deux personnes intéressées ne sont pas présentes, l'offre se fait par correspondance; dans ce cas, il y a nécessairement un délai entre l'acceptation et l'offre. Naît alors la question de savoir à quelle époque l'acceptation peut ou doit se faire, sous quelles conditions elle sera valable. La question présente des difficultés, et la prodigieuse rapidité des correspondances télégraphiques les a encore augmentées; les distances sont presque supprimées, on se parle, on se répond par télégramme avec la rapidité de l'éclair; les changements intervenus dans les voies par lesquelles on correspond ont aussi amené des changements dans les principes de droit qui régissent l'offre et l'acceptation.

(1) Larombière, t. I, p. 9. art. 1101, n° 10. Toullier, t. III, 2, p. 17, n[os] 27 et 28.

473. Il y a un premier point qui n'est pas douteux. La pollicitation peut émaner de celui qui entend s'obliger, comme de celui qui entend acquérir un droit; peu importe laquelle des futures parties contractantes prend l'initiative. Dans les conventions synallagmatiques cela est évident, puisque celui qui fait l'offre sera, si elle est acceptée, tout ensemble créancier et débiteur. Il en est de même des promesses qui ne doivent obliger que l'une des parties. C'est d'ordinaire le futur débiteur qui prend l'initiative. Je promets une récompense à celui qui trouvera et me remettra une chose que j'ai perdue. Cette offre est acceptée tacitement par tous ceux qui sont dans le cas de trouver la chose, en ce sens que celui qui la trouvera aura une action contre le maître (1). Il s'est cependant présenté un cas dans lequel l'offre a été déclarée non obligatoire. Un voyageur perd en route une valise qui contient une somme de 20,000 fr.; il fait des recherches, et celui-là même qui a trouvé la chose nie l'avoir trouvée. Le propriétaire de la valise offre une récompense de 2,000 francs à celui qui la lui restituera; alors seulement celui qui l'avait trouvée se décide à la rendre. On lui offre une somme de 200 francs qu'il refuse. La cour donna gain de cause au maître, par la raison que c'était le dol de l'inventeur qui l'avait forcé d'offrir une récompense aussi forte; or, personne ne peut profiter de son dol; par suite l'offre était nulle à l'égard de celui qui l'avait provoquée par sa mauvaise foi (2).

474. On voit par cet exemple qu'il n'est pas nécessaire que l'offre soit faite à une personne déterminée, il suffit qu'elle s'adresse à ceux qui sont dans le cas d'en profiter. Une entreprise de transport s'annonce au public par la voie des journaux, par affiches, par lettres circulaires. La compagnie s'engage à transporter les marchandises, d'après un tarif arrêté par elle, à jour fixe. Cette offre est acceptée tacitement par tous ceux qui auront recours à l'entreprise; l'engagement réciproque est donc formé

(1) Jugement du tribunal de Turin, du 3 août 1810 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 48).
(2) Bruxelles, 31 janvier 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 37).

et la compagnie y doit satisfaire; elle ne peut pas refuser les marchandises, en donnant arbitrairement la préférence à l'un des chargeurs aux dépens de l'autre; ce serait manquer à la loi du contrat qui s'est formé sur la foi de l'offre acceptée par les parties intéressées. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Il en est de même de tous ceux qui exercent un commerce ou une industrie et qui annoncent au public les conditions auxquelles ils traiteront avec les chalands; ils sont liés d'avance envers tous ceux qui se présentent pour traiter sur les bases qu'eux-mêmes ont déterminées (2).

475. Du principe que l'offre non acceptée n'oblige pas celui qui l'a faite, suit que le pollicitant peut la rétracter, sans autre raison sinon qu'il a changé de volonté; sa volonté seule est en jeu, et la volonté de l'homme est ambulatoire; il n'a à rendre compte à personne de son changement de volonté, car sa volonté n'a donné de droit à personne.

La cour de Bordeaux a appliqué ce principe à la souscription qu'une personne fait à un ouvrage de librairie, en décidant que c'est une simple offre qui n'est obligatoire qu'autant qu'elle est acceptée par l'éditeur. Nous doutons que l'application soit juste. C'est l'éditeur qui fait des offres en annonçant la publication d'un ouvrage aux conditions qu'il détermine; ceux qui acceptent ces conditions en souscrivant s'obligent définitivement; il n'est pas nécessaire qu'il intervienne une nouvelle acceptation de l'éditeur, car il a accepté d'avance. Cela nous paraît certain lorsque l'éditeur envoie des bulletins de souscription; le bulletin signé qu'on lui renvoie constate l'acceptation du souscripteur, le contrat est formé. Dans l'espèce, il y avait des circonstances particulières qui ont entraîné la décision de la cour. Le bulletin avait été présenté par un commis; pressée par des sollicitations, une personne souscrit, mais, se repentant aussitôt, elle court après le commis pour rétracter une souscription qui l'en-

(1) Aix, 8 février 1853 (Dalloz, 1855, 2, 329), et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 102).

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 553, note 5.

gageait au delà de ses ressources; n'ayant pu rejoindre le commis, elle écrit à l'éditeur, l'abbé Migne, pour le prier de radier sa souscription. Sans doute, la délicatesse aurait dû engager l'éditeur à satisfaire à ce désir. Mais, en droit, un engagement ne peut pas être rétracté du moment que le contrat est formé (1). La rétractation de l'offre ne peut avoir lieu qu'aussi longtemps qu'elle reste à l'état de pollicitation (2); et, dans l'espèce, il n'y avait pas offre, il y avait acceptation de l'offre.

476. Jusqu'à quel moment le pollicitant peut-il rétracter son offre? En droit strict, la pollicitation n'oblige pas celui qui a fait l'offre; il peut donc la retirer de suite et aussi longtemps que celui à qui l'offre est adressée ne l'a point acceptée. Nous disons en droit strict; on pourrait certes réclamer, au nom de l'équité naturelle, que le pollicitant laisse un délai moral à l'autre partie, afin qu'elle ait le temps de réfléchir et de se décider; mais, en droit, ce serait imposer une restriction à la liberté du pollicitant; or, sa liberté, en principe, reste entière, car sa volonté seule est en cause, lui seul pourrait l'enchaîner, et une simple offre ne lui impose aucun lien. Toutefois il dépend de lui de restreindre la faculté qu'il a de retirer son offre quand il lui plaît, en y ajoutant qu'il donne à l'autre partie un délai déterminé pendant lequel celle-ci pourra accepter; dans ce cas, le pollicitant s'est lui-même lié; il ne peut pas rétracter son offre pendant le délai qu'il a fixé, mais aussi l'offre sera censée retirée par cela seul qu'elle n'aura pas été acceptée dans le délai fixé (3).

Ce dernier point est très-important pour les ventes qui se font par correspondance et d'ordinaire par voie télégraphique. J'offre de vendre ou d'acheter des marchandises à un prix déterminé et dans un délai fixé; si je ne reçois pas de réponse dans ce délai, mon offre tombe, je ne suis pas obligé d'attendre une réponse après le

(1) Bordeaux, 13 juin 1852 (Dalloz, 1855, 2, 322).
(2) Turin, arrêt de 1810 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 713).
(3) Toullier, t. III, 2, p. 20, n° 30; Aubry et Rau, t. IV, p. 292 et note 12; Demolombe, t. XXIV, p. 60, n°s 64 et 65. Comparez Larombière, t. I, p. 12, n° 14 de l'article 1101, qui se trompe.

délai. Tel est précisément le but dans lequel je stipule un délai, c'est une condition que je mets à mon offre, si l'offre n'est pas acceptée dans le délai, la condition est défaillie, il n'y a plus d'offre. Cela est aussi fondé en équité ; comme le dit très-bien la cour de Bruxelles, on doit tenir compte, dans les marchés qui se font par correspondance, des fluctuations incessantes qu'éprouve le cours des marchandises ; le pollicitant a un intérêt pressant à savoir si ses offres sont acceptées ou refusées ; c'est pour cela qu'il propose un délai afin que dans ce délai il soit fixé sur le sort de la vente ; passé ce délai, il recouvre son entière liberté et il peut négocier ailleurs (1).

Les correspondances télégraphiques, à raison de leur rapidité, donnent parfois lieu à des difficultés, quand de fait le télégramme n'arrive pas à destination aussi vite que le croyait l'expéditeur ; s'il demande une réponse immédiate qu'il ne reçoit point, il doit croire que son offre n'est pas acceptée ; il s'adresse ailleurs, puis vient l'acceptation tardive de celui qui a reçu l'offre avec un retard. Le contrat n'a pas pu se former, puisque, au moment où se faisait l'acceptation, l'offre était retirée. La cour de Bordeaux l'a jugé ainsi ; mais tout en dégageant le pollicitant de ses offres, elle l'a condamné à des dommages-intérêts ; il y avait, en effet, faute de sa part : adressant son télégramme à une personne qui demeurait à la campagne, il avait négligé d'ajouter qu'il devait être porté au destinataire par exprès ; par cette faute, il avait causé un dommage, il devait le réparer (2).

477. Jusqu'à quel moment l'offre peut-elle être acceptée? En principe, tant qu'elle subsiste, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas été rétractée, expressément ou tacitement. Quand il y a un délai fixé pour l'acceptation, la faculté d'accepter reçoit une restriction ; l'acceptation ne pourra plus se faire après l'expiration du délai, puisque l'offre cesse, comme nous venons de le dire (n° 476).

(1) Bruxelles, 25 février 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 121, et Dalloz, 1867, 2, 193).
(2) Bordeaux, 17 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 2, 96).

Faut-il que le délai soit fixé par une clause expresse? Nous dirons plus loin que la volonté des parties peut se manifester par des faits aussi bien que par des paroles. Il y a plus : la voie par laquelle le pollicitant fait parvenir ses offres peut impliquer la volonté que la réponse se fasse de suite. Il fait une offre par télégramme, est-ce à dire que l'autre partie pourra réfléchir à son aise, et répondre par la voie relativement lente de la poste? C'est une question de fait, cela va sans dire; d'ordinaire l'intention du pollicitant est que la réponse soit immédiate.

Un commissionnaire offre à un meunier, par lettre, de lui vendre deux cent quarante sacs de farine à un prix déterminé, et il termine par ces mots : « Répondez télégraphiquement, si ma proposition peut vous convenir. » Cette offre implique la volonté de recevoir une réponse immédiate et non une réponse par la poste, donc une réponse envoyée le jour même de la réception de la lettre, sinon il était inutile de recourir au télégraphe. La cour a jugé que le pollicitant n'entendait être lié par son offre qu'à la condition qu'elle serait acceptée par télégramme le jour où elle parviendrait au meunier; la réponse n'arriva que le lendemain. Il n'y avait plus d'offre, donc il ne pouvait pas y avoir d'acceptation. Une circonstance compliquait le débat et le fit porter jusque devant la cour d'appel. La poste avait donné une fausse direction à la lettre qui contenait l'offre; par suite de cette erreur la lettre fut soumise à un parcours plus grand que celui qu'elle devait faire et arriva ainsi un jour plus tard à sa destination. Mais l'erreur de la poste ne pouvait rien changer aux droits des parties; il n'en était pas moins vrai que le pollicitant était fondé à considérer comme tardive et faite en dehors du délai, l'acceptation que le meunier lui avait notifiée le lendemain du jour où elle aurait dû lui parvenir (1). Le meunier n'avait pas même d'action en dommages-intérêts contre l'auteur de l'offre, il ne pouvait agir que contre l'administration de la poste.

Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute que la réponse

(1) Lyon, 27 juin 1867 (Dalloz, 1867, 2, 194).

ne dût être immédiate. Quand le pollicitant ne le dit pas dans son offre, alors c'est une question de circonstances. Dans une affaire qui s'est présentée devant la cour de Bordeaux, le directeur d'un théâtre avait envoyé une dépêche directe à l'actrice qu'il voulait engager; la réponse demandée était payée par lui, ce qui indiquait que l'expéditeur était pressé de la recevoir et que la durée de son consentement était soumise à un délai fort court. Cette intention était confirmée par une seconde dépêche qui portait : « Répondez, si ainsi l'affaire est faite (1). »

De ce que la correspondance télégraphique exige une réponse prompte et le plus souvent immédiate, il ne faudrait pas conclure que l'offre faite par correspondance ordinaire peut être acceptée indéfiniment, alors que le pollicitant ne fixe point de délai dans lequel l'acceptation doive avoir lieu. Le commerce par lui-même, et indépendamment des voies de communication, exige la promptitude, à raison des besoins et de la variation incessante des prix; le télégraphe n'a fait qu'accroître cette rapidité en diminuant les distances. La cour de cassation a très-bien jugé que toute offre doit être acceptée dans le délai moral nécessaire pour l'examiner et y répondre. Dans l'espèce, un marchand de Sens avait reçu, le 5 mars, une offre d'achat; sa lettre d'acceptation fut mise à la poste le 9 seulement; elle se croisa avec celle par laquelle ses correspondants rétractaient leur proposition; il a été jugé, eu égard à la nature du marché et aux circonstances de l'affaire, que l'acceptation était tardive (2).

478. Dans l'intervalle qui sépare l'offre de l'acceptation, intervalle plus ou moins long selon les circonstances, il se peut que celui qui doit l'accepter ou celui qui l'a faite meure ou devienne incapable de contracter. Le contrat pourra-t-il encore se former soit avec l'héritier de la partie intéressée, soit avec son représentant légal? On admet généralement la négative et avec raison. Pour que le contrat se forme, il faut le concours des volontés

(1) Bordeaux, 17 janvier 1870 (Dalloz, 1871, 2, 96).
(2) Rejet, 28 février 1870 (Dalloz, 1870, 1, 61).

de deux parties, il faut donc qu'elles puissent vouloir et manifester leur volonté. Après la mort ou l'interdiction de l'une des parties intéressées, ce concours devient impossible; l'une d'elles veut, à la vérité, mais l'autre ne peut plus vouloir; dès lors l'offre tombe ou l'acceptation ne peut plus se faire, ce qui empêche la formation du contrat. On a objecté que les héritiers pouvaient consentir et conclure la convention : sans doute, ils le peuvent, mais alors il faut une nouvelle offre et une nouvelle acceptation, car le contrat ne se fait plus entre les mêmes personnes. Telle n'est pas notre hypothèse : on demande si l'offre passe aux héritiers et si le droit d'accepter leur est transmis. La négative est certaine. Il est vrai que nous stipulons et que nous promettons pour nos héritiers (art. 1122), mais tant qu'une offre n'est pas acceptée, il n'y a ni stipulation ni promesse, il n'y a donc ni créance ni dette qui puisse passer aux héritiers. Par la même raison le contrat ne peut se former avec le représentant d'un interdit, le tuteur peut bien consentir en son nom, mais il ne peut pas vouloir pour l'interdit (1).

479. L'acceptation rend-elle le contrat parfait dès l'instant où elle a lieu? ou le contrat ne se forme-t-il qu'à partir du moment où l'acceptation parvient à la connaissance de celui qui a fait l'offre? Cette question est très-controversée et il y a des textes qui laissent quelque doute. En théorie, nous n'hésitons pas à décider que l'acceptation ne forme le contrat que lorsqu'elle est parvenue à la connaissance du pollicitant. C'est ainsi que se forme régulièrement le contrat, lorsque les deux parties sont présentes ; l'acceptant entend ce que veut le pollicitant, et celui-ci entend la réponse qui est faite à ses offres; voilà le vrai concours de volontés, chacune des parties intéressées sachant ce que veut l'autre. Les choses ne doivent-elles pas se passer de même lorsque l'acceptation suit l'offre après un délai plus ou moins long et que l'acceptant fait connaître sa volonté par correspondance?

(1) Toullier, t. III, 2, p. 20, nº 31. Larombière, t. I, p. 16, nº 20 de l'article 1101. Demolombe, t. XXIV, p. 65, nº 69.

Nous ne voyons aucune raison de différence entre les deux hypothèses : le pollicitant doit entendre la réponse de l'acceptant pour que leurs deux volontés concourent, or, il ne l'entend qu'au moment où il reçoit la lettre qui lui annonce l'acceptation. On objecte que le concours des deux volontés existe dès l'instant où celui à qui l'offre est faite manifeste la volonté de l'accepter. Cela n'est pas exact. Il y a *coexistence* de volontés, il n'y a pas *concours*; le concours suppose plus que l'existence des deux volontés, il suppose que chacune des parties sait ce que veut l'autre.

Il y a un texte qui nous paraît décisif en ce sens : c'est l'article 932. La loi dit que le donataire peut accepter la donation par un acte postérieur à celui qui contient l'offre du donateur. Dès que le donataire a accepté, sa volonté existe ; elle est manifestée par un acte authentique. Cela suffit-il pour que la donation soit parfaite? Non, le code ajoute que la donation, quoique acceptée, n'aura d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ; cela prouve que le contrat ne se forme que du moment où le donateur, c'est-à-dire le pollicitant, a acquis la connaissance de l'acceptation du donataire. Vainement dit-on que l'article 932 doit être écarté parce qu'il y est question d'un contrat solennel ; l'objection confond la solennité avec le fait juridique qui doit être exprimé dans une forme solennelle. Ce qu'il y a de solennel dans l'acceptation, c'est la forme authentique dans laquelle elle doit se faire ; ce qu'il y a de solennel dans la connaissance que le donateur doit avoir de l'acceptation, c'est qu'elle doit lui être notifiée par un acte d'huissier ; mais certes l'acceptation n'est pas une solennité particulière à la donation ni, par conséquent, la connaissance que le donateur doit avoir de l'acceptation.

On oppose l'article 1121. Une stipulation est faite pour un tiers, comme condition d'une donation. C'est une véritable offre que fait le stipulant ; eh bien, jusqu'à quand peut-il révoquer cette offre? L'article 1121 répond qu'il ne peut pas la révoquer si ce tiers a déclaré vouloir en

profiter; on en conclut que le stipulant est lié dès l'instant où l'acceptation a eu lieu, avant qu'il en ait connaissance. La conclusion, nous semble-t-il, dépasse les termes de la loi. Il n'est pas dit dans l'article 1121 que le stipulant ne doit pas avoir connaissance de l'acceptation; la loi ne prévoit pas la difficulté, il est donc impossible qu'elle la décide. C'est, en définitive, un argument tiré du silence de la loi, et ces arguments ont peu de valeur. L'article 1985 fournit une objection plus sérieuse; il porte que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. On peut dire que la loi suppose une exécution qui se fait au vu et au su du mandant; tel est, en effet, le mandat tacite le plus fréquent, celui que le mari donne à la femme, dès l'instant où le mariage est célébré, pour diriger le ménage et contracter en conséquence, au nom du mari, tous les engagements nécessaires. Dans ce cas, il ne faut pas même que le mandat soit exécuté; il suffit que le mariage soit célébré pour que, par le consentement tacite des époux, le mandat se forme. Toutefois cela ne répond pas à l'objection, car l'article 1985 est général, et il n'exige pas que le mandant connaisse l'exécution donnée au mandat pour que le contrat se forme, et s'il en est ainsi dans un contrat qui se forme par le concours des volontés tacites, pourquoi en serait-il autrement quand le consentement est exprès? Il nous semble que la réponse se trouve dans la nature particulière du mandat; le mandant donne pouvoir d'agir au mandataire immédiatement, sans déclarer au préalable qu'il accepte le mandat parce que l'intérêt du mandat exige souvent cette exécution immédiate; le mandant consent donc à ratifier ce que fera le mandataire avant de savoir s'il fera ce qu'il le charge de faire. C'est, en définitive, une disposition spéciale au mandat et dont on ne peut faire une règle générale parce que les principes s'y opposent.

Notre opinion est consacrée par un arrêt très-bien motivé de la cour de Bruxelles (1); la jurisprudence française

(1) Bruxelles, 25 février 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 121, et Dalloz, 1867, 2,

est dans le même sens. Il a été jugé à plusieurs reprises que celui qui demande au gérant d'une société d'être compris pour un nombre déterminé d'actions dans la souscription qui se fait n'est pas lié par cette demande aussi longtemps que le gérant ne l'a pas informé que les actions lui sont accordées. Ces décisions sont d'autant plus remarquables qu'elles ont eu lieu dans des circonstances où l'on pouvait soutenir que le pollicitant ne devait pas être informé de la suite donnée à sa demande. Les statuts des sociétés portaient que les demandes seraient inscrites, d'où l'on pouvait inférer que l'inscription valait acceptation; la cour de Paris ne s'est pas contentée de ce visa, elle exige que le gérant informe le souscripteur que sa demande est accueillie et dans quelle proportion elle l'est (1).

480. Les principes que nous venons d'exposer sur l'offre et l'acceptation s'appliquent aux contrats judiciaires, comme à toutes espèces de conventions. Il arrive assez souvent que l'une des parties fait des offres dans le cours d'un procès, à l'audience. Ces offres sont de simples pollicitations qui n'engagent le pollicitant que si elles sont acceptées par l'autre partie. Cela se fait d'ordinaire en demandant acte de l'offre et de l'acceptation, c'est-à-dire que le greffier constate sur la feuille d'audience ce qui a été dit. Mais il n'est pas nécessaire que le juge donne acte à la partie au profit de laquelle l'offre est faite, il suffit que celle-ci accepte : l'acceptation reste dans les termes du droit commun, alors même que les déclarations se font en justice. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ces principes (2).

481. Les offres faites et rétractées avant l'acceptation

194). Comparez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 294 et note 24. Il faut ajouter Asser, qui défend très-bien notre opinion, en théorie, dans la brochure intitulée : *De telegraphie in hare rechtsgevolgen* (1867), p. 91 et 92).

(1) Paris, 10 août 1850 (Dalloz, 1852, 2, 197); 11 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 139); et deux arrêts du 22 janvier 1853 (Dalloz, 1854, 2, 258, 259), et 16 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 126).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Contrat judiciaire*. Larombière, t. I, p. 13, nº 16 de l'article 1101. Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Obligations*, nº 92.

peuvent causer un préjudice à celui à qui elles sont adressées : on demande si le pollicitant est tenu de l'indemniser. Pothier répond affirmativement. Il suppose qu'après avoir fait l'offre, le pollicitant la retire, qu'il meure ou qu'il soit privé de l'usage de la raison. Le contrat ne peut plus se former, alors même que l'acceptation aurait eu lieu dans l'ignorance où était l'acceptant de la mort, de la démence ou du changement de volonté de celui qui a fait l'offre. Mais, dit Pothier, si ma lettre a causé quelque dommage à mon correspondant, par exemple le prix des marchandises ayant baissé et le marchand ayant manqué une occasion qui se présentait de les vendre avant la baisse, je serai tenu de l'indemniser en vertu de cette règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'un autre. Les auteurs modernes sont du même avis (1). Il nous semble qu'on ne peut pas poser comme règle absolue l'obligation pour le pollicitant de réparer le dommage qu'éprouve l'autre partie par la rétractation de l'offre. Celui qui rétracte une offre fait ce qu'il a le droit de faire; or, celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne, en ce sens qu'il ne doit pas réparer le dommage qui résulte de l'exercice de son droit. Vainement dirait-on qu'il a causé cette perte par son fait, il faut plus que le fait du dommage, il faut une faute pour qu'il y ait lieu à des dommages-intérêts (art. 1147). Invoquera-t-on l'article 1382, aux termes duquel tout *fait* quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer? Le texte même que l'on cite témoigne contre la doctrine qu'il devrait appuyer : il exige qu'il y ait une faute. Or, dans l'espèce, il n'y en a aucune; on ne peut pas même dire que c'est par le fait de l'offre que l'autre partie a éprouvé le dommage; elle pouvait s'attendre à la rétractation de l'offre, rien ne l'empêchait donc de profiter de l'occasion qui se présentait de vendre; si elle ne l'a pas fait, c'est sans doute parce qu'elle y avait un intérêt quelconque; elle a fait un faux calcul,

(1) Pothier, *De la vente*, n° 32. Aubry et Rau, t. IV, p. 293 et note 17. Demolombe, t. XXIV, p. 68, n° 71.

une mauvaise spéculation, c'est à elle-même qu'elle doit s'en prendre.

§ III. *De l'expression du consentement.*

482. La loi ne dit rien de la manière dont le consentement doit être exprimé. Il n'est pas nécessaire que la volonté soit déclarée par paroles ; pourvu que par un signe ou par un geste la partie intéressée déclare suffisamment ce qu'elle veut, le consentement existe et, par suite, le contrat se forme. Cela est de droit naturel et de tradition. Par application de ce principe, on admet que les sourds-muets manifestent valablement leur volonté par des signes (1). Le consentement peut aussi être exprimé par des faits. C'est le consentement tacite, qui a toujours été mis sur la même ligne que le consentement exprès. On connaît le vieil adage : *Eadem vis est taciti atque expressi consensûs*. Le code civil consacre cette maxime de droit naturel par les applications qu'il en fait. Nous avons mentionné le mandat tacite, c'est le plus usuel des contrats, puisqu'il se forme dans toutes les familles, et il subsiste régulièrement pendant toute la durée du mariage (art. 1985). Il y a un autre contrat très-usuel et qui se forme souvent par le consentement tacite, c'est le bail, lorsqu'il y a réconduction tacite (art. 1759). Le même principe s'applique à toute espèce de contrats (2). Il faut, bien entendu, que les faits d'où l'on induit le consentement ne laissent aucun doute sur la volonté de celui qui consent; car on doit se garder de confondre le consentement tacite avec le consentement présumé. Le consentement ne se présume jamais, il faut notre volonté positive pour nous obliger, et il la faut pour acquérir un droit.

483. Ce principe décide une question que l'on aime de discuter à l'école et qui se présente parfois devant les tribunaux. On demande si le silence équivaut au consen-

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 162, n° 125.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 23, n° 33. Aubry et Rau, t. IV, p. 293, et note 19, § 343.

tement. Il y a sur ce point un vieil adage dont il faut se défier : *Qui tacet consentire videtur*. Cela n'est pas exact. Quand je garde le silence, je ne manifeste aucune volonté, comme le dit très-bien Massé dans son *Droit commercial* : je ne dis pas non, mais aussi je ne dis pas oui. Mon silence ne manifeste qu'une seule intention, celle de me taire et de ne prendre aucun parti. Ce qui trompe les personnes étrangères au droit, c'est que parfois le contrat se forme lorsque l'une des parties garde le silence. Mais le silence seul ne produit pas cet effet, il résulte des faits qui l'accompagnent et qui lui donnent une signification qu'il n'a pas par lui-même. L'adage *qui ne dit mot consent* est vrai lorsque celui qui garde le silence était tenu de répondre ; s'il n'y est pas tenu, le silence ne produit aucun effet, sinon qu'en l'absence de consentement, aucun contrat ne peut se former. Quand peut-on dire que celui qui se tait était tenu de répondre? La difficulté se présente surtout dans la correspondance entre marchands ; nous renvoyons à l'excellent ouvrage de Massé, qui prévoit les diverses hypothèses et décide les questions d'après la diversité des circonstances (1). Nous nous bornerons à emprunter un exemple à la jurisprudence.

La cour de cassation a décidé, en droit, que le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée (2). Quelles sont les circonstances qui donnent au silence l'effet d'une acceptation? C'est évidemment une question de fait; le tribunal de commerce de Bordeaux l'a très-bien résolue dans un jugement dont la cour a adopté les motifs. On objectait, dans l'espèce, que nul n'est tenu de répondre aux lettres d'offres qu'il reçoit. Sans doute, dit le tribunal, mais il est de jurisprudence, et c'est une vieille tradition, que lorsqu'un négociant reçoit une lettre portant un ordre d'expédition d'une personne avec laquelle il est en relation d'affaires, le défaut de réponse pendant un temps prolongé

(1) Massé, *Le droit commercial*, 2e édition, t. III, p. 44, nos 1459 et suivants.

(2) Cassation, 22 mai 1870 (Dalloz, 1870, 1, 257).

peut constituer de sa part une acceptation tacite qui rend le marché parfait. Le tribunal ajoute que si celui qui a reçu la lettre pouvait la laisser sans réponse, il se réservait la faculté d'accepter ou de refuser, selon les chances de gain ou de perte que présenterait le marché ; tandis que celui qui a fait l'offre serait exposé à un grave préjudice si, comptant sur une acceptation, il avait pris lui-même des engagements qu'un refus tardif le mettrait dans l'impossibilité de remplir. C'est ce qui était arrivé dans l'espèce. Le marchand qui avait reçu un ordre pour 100,000 kilogrammes brai clair avait commencé par exécuter le marché lorsque les prix subirent une hausse importante, alors il prétendit qu'il n'était pas lié ; ces réticences touchent au dol et déshonorent le commerce ; c'est aux tribunaux consulaires à maintenir la bonne foi qui devrait être l'âme des relations commerciales (1).

§ IV. *Des vices du consentement.*

Nº 1. QUELLES SONT LES CAUSES QUI VICIENT LE CONSENTEMENT.

484. Aux termes de l'article 1109, « *il n'y a point de consentement valable* si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. » La loi dit que le consentement n'est *pas valable,* ce qui implique qu'il y a consentement, mais qu'il est vicié ; à raison de ce vice il est nul, et la nullité du consentement entraîne la nullité du contrat (art. 1117). Ainsi les vices annulent le contrat, ils ne l'empêchent pas d'exister (nº 453). Il n'y a aucune différence, à cet égard, entre l'erreur et les autres causes qui vicient le consentement. On lit cependant dans les lois romaines, et les auteurs modernes répètent que l'erreur est plus qu'un vice, que celui qui consent par erreur ne consent réellement pas ; ce qui conduirait à la conséquence qu'un contrat vicié par l'erreur est un contrat inexistant. Nous laissons le droit romain de côté pour nous en tenir à la source immédiate

(1) Bordeaux, 3 juin 1867 (Dalloz, 1867, 2, 166).

du code. Ecoutons Pothier. Il distingue, et sa distinction est implicitement reproduite par l'article 1110.

Il y a des cas où l'erreur a pour effet de rendre le contrat inexistant, il y en a d'autres où l'erreur, de même que le dol et la violence, ne fait que vicier le consentement et le contrat. Quand l'erreur fait-elle qu'il n'y a point de consentement? Pothier répond : « Les conventions sont formées par le consentement des parties, et *il ne peut y avoir de consentement* lorsque les parties ont erré sur l'*objet de leur convention.* » Il va sans dire que s'il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de contrat, le contrat est inexistant.

Pothier explique ensuite dans quels cas l'erreur fait qu'il n'y a point de consentement. Nous les avons déjà exposés en traitant de l'inexistence des contrats. L'erreur porte sur la nature de la convention : vous voulez vendre, j'entends louer; il n'y a ni vente ni louage, parce que nos volontés ne concordent sur aucun des deux contrats, et l'on ne conçoit pas de contrat sans concours de volontés. Vous voulez vendre, et je veux acheter, mais vous entendez vendre telle chose, et moi j'entends acheter une autre chose : il n'y a pas de vente, parce que nos volontés ne concourent pas sur un élément essentiel de la vente, la chose qui en doit faire l'objet. Il en serait de même s'il y avait dissentiment sur le prix. Dans tous ces cas, dit Pothier, il n'y a pas de consentement, d'où suit qu'il n'y a pas de contrat (1).

Le code ne parle pas de l'erreur sur la nature du contrat ou sur les conditions du contrat, il ne parle que de l'erreur sur la substance de la chose, c'est-à-dire sur les qualités substantielles, comme nous allons l'expliquer. Cette erreur, de même que la violence et le dol, n'empêche pas le consentement d'exister : il y a concours de volontés, donc il y a consentement; seulement l'erreur dans laquelle se trouvent les parties fait que leur consentement est vicié, elles n'ont contracté qu'à raison de cette erreur; si elles n'avaient pas été dans l'erreur sur la qualité de la

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 17.

chose, elles n'auraient pas contracté, de même qu'elles n'auraient pas contracté si leur consentement n'avait été extorqué par la violence ou surpris par le dol. Dans tous ces cas, il y a consentement, mais le consentement est vicié; il y a contrat, mais le contrat est nul. Telle est la théorie du code, et elle est de toute exactitude (1).

485. L'article 1118 porte que « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. » Ces contrats sont le partage et la vente et ces personnes sont les mineurs. Pourquoi la lésion ne vicie-t-elle pas le consentement? Parce que l'on ne peut pas dire avec certitude que les parties n'auraient pas contracté si elles avaient connu la lésion lors du contrat. La lésion est une espèce d'erreur, elle porte sur la valeur de la chose qui fait l'objet d'un contrat; il en résulte que l'une éprouve une perte, tandis que l'autre retire un avantage; il y a inégalité entre les parties contractantes. La question est donc de savoir si l'égalité est de l'essence des contrats. Elle ne se présente que dans les contrats commutatifs; en théorie, comme le dit la définition de l'article 1104, la chose reçue par chaque partie doit être l'*équivalent* de celle qu'elle donne; or, l'équivalent suppose l'égalité. Reste à savoir si l'inégalité résultant de la valeur est un vice qui rend le contrat annulable. Si la valeur des choses était absolue, on pourrait soutenir que l'inégalité vicie le consentement, les parties ne contractant que dans un esprit d'égalité. Mais rien n'est plus variable que la valeur des choses, et cette variation ne dépend pas seulement des circonstances de temps et de lieu, elle dépend, avant tout, des besoins, des goûts, des passions de ceux qui contractent. Je paye mille francs ce qui ne vaut que cinq cents francs. Voilà, en apparence, une lésion énorme, donc une inégalité qui vicie mon consentement. En réalité, la chose peut avoir pour moi cette valeur, car tout est relatif en cette matière. Si l'on avait admis la lésion comme un vice, il eût fallu distinguer la valeur relative de la valeur marchande; et

(1) Les auteurs disent sans distinguer que l'erreur exclut le consentement (Aubry et Rau, t. IV, p. 295, note 1).

comment établir qu'une chose qui au point de vue commercial ne vaut que cinq cents francs a une valeur plus grande pour celui qui la paye mille francs? Comment évaluer les sentiments et les passions? Cela est impossible. Et alors même que cela serait possible, la théorie de la lésion donnerait lieu à des contestations sans nombre; au moment du contrat, les deux parties croient faire un bon marché, sinon elles ne contracteraient pas. Puis l'on s'aperçoit que l'on s'est trompé; tout mauvais calcul deviendrait la source d'un procès, il n'y aurait pas de contrat à l'abri d'une action en nullité (1).

Le législateur a donc bien fait de ne pas admettre la lésion comme un vice du consentement. S'il l'admet dans le partage, c'est que l'égalité est de l'essence de ce contrat qui n'est qu'une liquidation. Dans la vente, il y a, en faveur du vendeur, des considérations particulières d'équité qui justifient la rescision pour cause de lésion énorme; encore le conseil d'Etat ne l'a-t-il consacrée que malgré lui et sous la pression du premier consul, comme nous le dirons au titre de la *Vente*. Quant aux mineurs, la lésion est exigée comme preuve de leur incapacité; nous reviendrons sur ce point en traitant de la capacité des parties contractantes.

N° 2. DE L'ERREUR.

486. Qu'est-ce que l'erreur, et pourquoi vicie-t-elle le consentement? L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux, ou à croire faux ce qui est vrai. C'est la définition de Doneau (2). Les textes romains la qualifient d'ignorance de fait ou de droit. Doneau dit très-bien que l'ignorance diffère de l'erreur, elle consiste à ne pas savoir une chose; l'ignorance est une source d'erreurs inévitables, car nous nous trompons parce que nous ignorons. Telle est l'erreur de droit : nous consentons parce que nous ignorons le droit. L'ignorance de fait engendre également l'erreur. Si donc on peut dire qu'en théorie l'ignorance

(1) Duranton, t. X, p. 200, nos 200 et 201.
(2) Doneau, *Commentaire*, livre I. ch. XX. § 5 (t. I, p. 155).

ne vicie pas le consentement, c'est qu'à la rigueur il peut y avoir ignorance sans qu'il y ait erreur; d'ordinaire l'erreur accompagne l'ignorance, de là la terminologie romaine.

487. Toute erreur ne vicie pas le consentement. La faiblesse humaine est telle, que les hommes versent continuellement dans l'une ou l'autre erreur; la vérité absolue n'existe qu'en Dieu. Le législateur a donc dû déterminer quelles sont les erreurs qui ont assez de gravité pour qu'elles vicient le consentement des parties contractantes. Aux termes de l'article 1110, l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle est substantielle, et elle n'a ce caractère que dans deux cas : d'abord quand elle tombe sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat, ensuite quand il y a erreur sur la personne et que la considération de la personne a été la cause principale de la convention. Ces termes de l'article 1110 nous révèlent l'esprit de la loi : pour que l'erreur soit un vice du consentement, dit l'exposé des motifs, il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait pas obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur (1). C'est la théorie de Domat, il pose le principe que Bigot-Préameneu a reproduit : « Si l'erreur de fait est telle, qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait et de sorte que la convention se trouve n'avoir pas d'autre fondement qu'un fait contraire à cette vérité qui était inconnue, cette erreur suffira pour annuler la convention (2). » Telle est aussi la théorie en ce qui concerne les autres vices du consentement; l'article 1116 le dit du dol : il est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il en est de même de la violence : si je ne consens que parce que l'on extorque mon consentement, il est certain que je n'aurais pas consenti, si mon consentement n'avait pas

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VI, p. 150).
(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XVIII, sect. I, n° VI, p. 149.

été extorqué. Le principe formulé par Domat domine donc toute cette matière.

I. *De l'erreur sur la chose.*

488. L'article 1110 porte : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la *substance* même de la chose qui en est l'objet. » Que faut-il entendre par erreur sur la *substance de la chose?* Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Il est certain que la loi n'entend pas parler de l'erreur sur l'objet de la convention; nous venons de dire, d'après Pothier, que cette erreur est plus qu'un vice, qu'elle fait qu'il n'y a point de contrat. Pothier nous dira aussi ce qu'il faut entendre par erreur sur la substance de la chose. « L'erreur annule la convention, dit-il, lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les parties ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose (1). » L'erreur sur la substance est donc une erreur sur les qualités; mais toute erreur sur les qualités n'est pas substantielle, il faut qu'elle tombe sur une qualité principale, et c'est l'intention des parties qui décidera si une qualité est principale ou non; il faut voir ce que les parties ont eu en vue en contractant. C'est le cas d'appliquer le principe de Domat : Les parties n'auraient-elles pas contracté si elles avaient su que la chose n'avait pas telle qualité qu'ils lui supposaient, l'erreur sera substantielle et elle viciera le consentement. Si, au contraire, les parties auraient contracté alors même qu'elles auraient su que la chose n'avait pas telle qualité, l'erreur ne viciera pas le consentement et n'annulera pas le contrat. Voilà ce que disent Pothier et Domat, les vrais auteurs du code civil. La question est donc, en définitive, une question d'intention, c'est-à-dire que le juge doit la décider d'après les circonstances de la cause.

489. Les auteurs donnent presque tous une autre définition; nous devons la faire connaître parce qu'à notre

(1) Pothier, *Des obligations*, nº 18.

avis elle est fausse et qu'elle conduit à des conséquences qui sont en opposition avec le principe tel que l'ont formulé Domat et Pothier. Par substance de la chose, disent les éditeurs de Zachariæ, on doit entendre non-seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce. » Marcadé admet la définition en la précisant. « La qualité substantielle est toute qualité qui, n'étant pas susceptible de plus ou de moins, fait passer l'objet dans telle espèce ou dans telle autre espèce, selon que cette qualité existe ou n'existe pas. » Enfin M. Colmet de Santerre, dans son excellente continuation de Demante, précise encore davantage, mais il nous semble qu'en précisant il a révélé ce qu'il y a d'erroné dans la définition. « Les qualités constituant la substance sont celles dont l'absence dénature la chose, l'altère au point qu'elle devient une *autre chose*, un *autre être* que celui qui devait être l'objet de la convention (1). » Nous repoussons cette définition d'abord, parce qu'il en résulterait que le vice du consentement serait une absence de consentement, car l'erreur sur la substance étant une erreur sur la *chose*, sur l'*être* qui doit faire l'objet du contrat, il n'y aurait pas de consentement, et partant pas de contrat. Or, cette conséquence est inadmissible, puisqu'elle est en contradiction avec la doctrine de Pothier, et c'est bien cette doctrine que les auteurs du code ont suivie; sur ce point, il ne saurait y avoir un doute. Nous repoussons encore la définition, parce qu'elle fait d'une question de droit une question matérielle, en ce sens que l'absence de telles ou telles qualités matérielles fera que l'erreur sera ou ne sera pas substantielle. Ce n'est pas là ce que dit Pothier; il veut que l'on consulte l'intention des parties contractantes, c'est la qualité qu'elles ont eue principalement en vue qui est la qualité substantielle, et l'erreur sur cette qualité viciera leur consentement, quand

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 296, § 343 *bis*. Marcadé, t. IV, p. 352, n° II de l'article 1110; Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 16, n° 61 *bis* II.

même l'*être* ne changerait pas à raison de l'absence de cette qualité. Sortons des abstractions et voyons quelles conséquences les éditeurs de Zachariæ ont déduites de leur définition; à notre avis, les conséquences témoignent contre le principe d'où elles découlent.

490. L'erreur porte sur l'ancienneté, sur l'origine de la chose; elle ne vicie pas le consentement, disent MM. Aubry et Rau. En effet, la chose ne change pas d'espèce, l'être reste le même, quelle que soit son origine ou son ancienneté. Matériellement cela est vrai. Mais en est-il de même si l'on consulte l'intention des parties, comme le veut Pothier? Ne doit-on pas dire avec Domat: Celui qui achète une statue qu'il croit grecque ne l'aurait pas achetée s'il avait su qu'elle fût moderne; donc son consentement est vicié. On répond que l'erreur n'annulera le contrat que si les parties ont traité en vue de cette qualité indiquée ou précisée; et l'on en conclut que la vente de monnaies que l'acheteur croyait anciennes, ou d'un tableau que l'acheteur supposait de tel maître devrait être maintenue, malgré son erreur, si les parties ne s'étaient point expliquées sur ces qualités et si le vendeur n'avait pas à se reprocher un déguisement frauduleux de la vérité. Nous disons que c'est une question d'intention et que l'intention peut être prouvée par les circonstances; nous ajoutons qu'il faut faire abstraction de toute fraude, car il ne s'agit pas de dol, il s'agit d'erreur, et le code n'exige pas, pour qu'il y ait erreur, que l'une des parties ait usé de déguisements frauduleux. La plupart des auteurs se sont prononcés en ce sens, ceux-là mêmes qui acceptent la définition de Zachariæ (1). La jurisprudence, plus sage que la doctrine, s'est abstenue de définir les qualités substantielles, elle décide d'après les circonstances : en cela elle est fidèle à la pensée de Pothier et de Domat, qui ont inspiré les auteurs du code civil.

491. Il a été jugé que la vente d'objets d'orfèvrerie présentant la forme de l'argenterie en usage au XVIIe siè-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 296 et suiv., et note 2 du § 343 *bis*. En sens contraire, Marcadé et Colmet de Santerre. Comparez Demolombe, t. XXIV, p. 92, n°s 92 et suiv.

cle, était valable, bien que la fabrication fût moderne. Dans l'espèce, les objets n'avaient pas été achetés comme anciens, ils portaient même la marque d'un poinçon moderne; du reste, le mérite artistique était incontestable. Dans ces circonstances, il ne pouvait s'agir d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose (1).

Une personne achète, dans une vente publique, un sabre pour un prix de 1,850 francs; le catalogue portait que le sabre était oriental, et le procès-verbal d'adjudication disait formellement que la vente avait lieu sans garantie du titre. L'acheteur, qui croyait avoir fait un bon marché, s'en repentit et soutint que le titre était inférieur à celui que l'on admettait à la monnaie pour le poinçonnage d'or étranger. Cette allégation était fausse. En réalité, le sabre avait été acheté comme œuvre d'art et à raison de son origine orientale; mais l'origine n'étant pas contestée, elle ne pouvait passer pour une qualité substantielle. L'acheteur, dit la cour de cassation, a fait une mauvaise spéculation, il ne peut pas s'en prendre au vendeur (2).

492. La vente de tableaux donne lieu à de fréquents débats. Il y a des arrêts en apparence contradictoires, mais la contrariété des décisions est naturelle, tout dépendant de l'intention des parties contractantes, c'est-à-dire des circonstances de la cause, et les circonstances varient d'un procès à l'autre. Le tribunal de la Seine avait décidé, en droit, d'après la doctrine de Zachariæ, qu'il ne fallait pas considérer comme une condition essentielle du marché, que le tableau fût du maître désigné dans la convention, attendu qu'il n'y avait pas eu de stipulation formelle quant au nom de l'auteur auquel le tableau était attribué. Cette décision fut réformée en appel. La cour dit que l'on doit considérer comme faisant partie de la chose et appartenant à sa substance le nom de l'auteur d'un ouvrage d'art, tel qu'un tableau, lorsque ce nom est entré dans la convention et en a formé la condition essen-

(1) Jugement du tribunal de la Seine, 28 juin 1862 (Dalloz, 1863, 3, 24).
(2) Rejet, 13 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 1, 162).

tielle. Dans l'espèce, le nom du peintre était entré dans la vente du tableau de fleurs plus que le tableau lui-même; il y avait donc lieu de décider que le nom était une qualité que les parties avaient eue principalement en vue, et qu'elles n'auraient pas traité si l'acheteur avait su que le tableau ne fût pas du maître auquel la convention l'attribuait (1).

Telle est certes la règle générale dans les ventes de tableaux. Il y a même parfois quelque mauvaise foi de la part du vendeur qui donne au tableau le nom d'un grand maître; dans ce cas, il y a dol tout ensemble et erreur, ou du moins la mauvaise foi prouve que le nom du peintre est la condition essentielle du contrat, condition à défaut de laquelle on n'aurait pas acheté. La cour de Paris dit avec raison que la bonne foi, dont la morale et la loi font la condition essentielle des contrats, doit surtout être exigée quand ils ont pour objet des œuvres qui tirent du nom et de la réputation de leurs auteurs leur principale valeur (2).

Cependant cette règle n'est pas absolue. La cour de Bruxelles n'a pas écouté un marchand de tableaux venant se plaindre de ce qu'on lui avait vendu comme anciens des tableaux imités par un peintre d'Anvers qui faisait métier de cette espèce de supercherie : est-ce qu'un marchand achète pour une bagatelle de 10,000 francs quatre tableaux de Rembrandt, de Ruysdael, de Dewit et de Rubens (3)? Parfois il y a doute sur le nom des peintres quand c'est un vieux tableau : si le vendeur dit que c'est un André Del Sarto, mais sans rien garantir, les tribunaux peuvent décider qu'il n'y a pas eu erreur (4).

493. Les jugements que nous venons de rapporter ne sont pas motivés avec la rigueur que le jurisconsulte devrait toujours mettre dans ses décisions; toutefois un principe y domine : les parties auraient-elles contracté

(1) Paris, 9 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 67).
(2) Paris, 29 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 175). Comparez Douai, 24 mai 1846 (Dalloz, 1846, 4, 509).
(3) Bruxelles, 26 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 49, et Dalloz, 1857, 2, 110).
(4) Rejet, 6 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 123).

si telle qualité n'existait pas? ou l'absence de cette qualité ne les aurait-elle pas empêchées de traiter? Il y a des arrêts dans lesquels ce motif de décider est invoqué; c'est, à notre avis, la considération déterminante. J'obtiens un brevet pour une méthode calligraphique consistant en un procédé mécanique par lequel, dans un espace de six à huit jours, on apprendra à écrire à toute personne douée d'une intelligence ordinaire. Je cède cette méthode. L'acheteur demande la nullité de la vente, par le motif que les résultats promis par le vendeur ne peuvent être obtenus dans le délai fixé; il y avait erreur sur la substance de la chose. Il a été jugé que le contrat était nul, parce qu'il est évident que l'acheteur n'eût point acheté s'il eût connu le peu d'efficacité de la méthode dont il se rendait acquéreur (1).

Il est intervenu des décisions contradictoires dans l'espèce suivante. Des cultivateurs achètent du blé de mars anglais destiné à être semé au printemps. Le blé ne lève pas. On soutient que le blé n'avait pas la qualité à raison de laquelle il avait été acheté; le tribunal de Douai annula la vente parce qu'il y avait erreur sur la substance de la chose, c'est-à-dire sur les qualités essentielles et inhérentes à la destination que les parties avaient principalement en vue dans le contrat. Ce jugement fut confirmé par un arrêt de rejet. La cour de Douai a rendu un arrêt en sens contraire, non sur la question de principe, mais à raison d'une circonstance de fait; c'est que le cultivateur qui se plaignait du mauvais résultat de sa culture n'avait ensemencé qu'au mois d'avril, au lieu de le faire au mois de mars; que, du reste, il n'y avait aucune erreur ni sur la chose ni sur ses qualités substantielles (2). On voit que tout, en cette matière, devient question de fait.

494. Un cas très-singulier s'est présenté devant la cour de cassation. On licite la nue propriété d'un domaine; le cahier des charges porte que l'adjudicataire

(1) Grenoble, 27 mai 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 134).
(2) Rejet, 24 juin 1867, de la chambre civile. Douai, 2 février 1865 (Dalloz, 1867, 1, 248).

n'entrera en jouissance qu'après le décès de l'usufruitier, ce qui allait certes sans dire. Il se trouve que, la veille même de l'adjudication, l'usufruitier était décédé sans que les vendeurs ni l'adjudicataire eussent connaissance de la mort. Un créancier de la succession, exerçant les droits des vendeurs, demanda la nullité de la vente pour cause d'erreur sur la substance de la chose vendue. La cour de Paris prononça la nullité. Recours en cassation. Le pourvoi essaya de transformer la question de fait en question de droit. L'usufruit, dit-il, est une servitude; or, si l'on découvrait après la vente que la chose est affranchie d'une servitude réelle qui la grevait, certes on ne dirait pas qu'il y a eu erreur sur la substance de la chose; il en doit être de même d'une servitude personnelle. C'était déplacer la question. Qu'est-ce que les parties avaient entendu vendre et acheter? La nue propriété d'un domaine. Et, en fait, quel était, à leur insu, l'objet de la vente? La pleine propriété de ce domaine. Il y avait donc une erreur commune; elle portait sur une qualité substantielle que les parties avaient eue principalement en vue, donc le consentement était vicié et la vente nulle (1).

495. L'erreur peut se rencontrer dans tous les contrats, bien qu'elle soit invoquée d'ordinaire en matière de vente, et il est évident que les principes restent les mêmes. Un mandataire, chargé de la vente de laines, reçoit une dépêche télégraphique qui lui donne ordre de vendre à 139 francs; il vend à 140; mais il se trouve que le chiffre marqué par le mandant avait été mal rendu par l'administration, il avait donné commission de vendre à 165 fr. La cour d'Amiens décida que l'erreur viciait tous les contrats qui en sont infectés et autorisait à en demander la rescision. Or, le consentement du mandataire, dans l'espèce, n'avait été donné que par suite d'une erreur; il n'aurait pas vendu à 140 s'il avait eu connaissance du vrai mandat qui ne l'autorisait à vendre qu'à 165. Il y avait donc lieu d'annuler ce que le mandataire avait fait. L'acheteur demanda des dommages-intérêts contre le mandant;

(1) Rejet, 8 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 277).

il aurait dû, dit-on, recommander la dépêche. On répondait que la recommandation n'était pas une obligation légale, qu'il n'y avait donc aucune faute à reprocher au mandant; que les seuls coupables étaient les agents télégraphiques (1).

496. Il ne faut pas considérer comme erreur substantielle les faux calculs que les parties font en contractant et les espérances trompeuses auxquelles elles se livrent. C'est l'histoire de bien des sociétés industrielles : on croit faire une excellente spéculation, et il se trouve qu'elle est ruineuse. De là des procès, qui ne peuvent aboutir qu'à donner, un peu tard, une leçon de prudence à ceux qui croient trop facilement à des gains fabuleux. Une société en participation est formée pour la construction et l'exploitation d'une poudrerie en Prusse. Le capital social ne devait pas dépasser 25,000 francs et produire un bénéfice annuel de 80,000 francs. Au lieu de bénéfices, il y eut des pertes. De là une action judiciaire pour procéder à la liquidation. Deux associés prétendent qu'ils ont été induits en erreur sur l'objet même de la convention et en demandent la nullité. La cour de Bruxelles décida que les contractants avaient tous les éléments nécessaires pour éclairer leur décision; que s'ils avaient cru trop légèrement des allégations de leur coassocié, ils devaient s'imputer à eux-mêmes les conséquences de leur crédulité. Les demandeurs, entre autres griefs, soutenaient qu'il y avait erreur sur la substance de la chose, en ce qu'ils avaient cru, en contractant, que les chutes d'eau, qui étaient la base de l'exploitation, avaient une force qu'en réalité elles ne possédaient pas. Etait-ce une erreur substantielle? Là était le vrai nœud de la difficulté. Il a été jugé que la chute d'eau avait été fournie à l'association; que si elle n'avait pas la force sur laquelle on comptait pour la production, c'est que les appréciations des parties étaient évidemment exagérées, sans qu'elles pussent dire qu'il y avait eu erreur sur la substance de la chose (2).

(1) Amiens, 11 mai 1854 (Dalloz, 1859, 2, 147).
(2) Bruxelles, 1er août 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 205).

Sur ce point, il y aurait des réserves à faire; la qualité essentielle d'une chute d'eau n'est-elle pas d'avoir la force qu'on lui suppose? et s'il y a erreur à cet égard, cette erreur n'est-elle pas substantielle?

La même cour a jugé que l'erreur sur l'état plus ou moins prospère d'un commerce cédé ne constitue pas une erreur sur la substance de la chose. Dans l'espèce, il ne pouvait pas y avoir de doute; car le marché avait seulement pour objet le fonds de commerce, il n'était pas question de l'achalandage (1).

II. *De l'erreur sur la personne.*

497. Aux termes de l'article 1110, « l'erreur n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » Cette décision du code confirme le principe que nous venons de développer. Il s'agit de savoir si l'erreur sur la personne est substantielle. Oui, dit la loi, si cette erreur est la cause principale de la convention, c'est-à-dire si la convention n'a été faite qu'à raison de cette erreur, de sorte que si l'erreur n'avait pas existé, on n'aurait pas contracté. C'est l'application du principe formulé par Domat. Pothier dit la même chose, mais avec moins de précision. Toutes les fois, dit-il, que la considération de la personne avec qui je veux contracter *entre pour quelque chose* dans le contrat que je veux faire, l'erreur détruit mon consentement et rend, par conséquent, la convention nulle (2). Si l'on prenait cette explication à la lettre, toute erreur sur la personne serait un vice du consentement, pour peu qu'elle influe sur la volonté des parties contractantes. Nous doutons que telle soit la pensée de Pothier; les auteurs du code, en tout cas, ont bien fait de la préciser pour la mettre en harmonie avec le principe dominant en cette matière.

(1) Bruxelles, 18 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 99).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 19.

498. Quand peut-on dire que la considération de la personne est la cause principale de la convention? C'est une question de fait, puisque tout dépend de l'intention des parties contractantes; mais le fait touche aussi au droit, en ce sens que la nature des contrats sert à appliquer la distinction que fait implicitement l'article 1110. Si le contrat est à titre gratuit, il se fait toujours en considération de la personne, car c'est par des considérations personnelles que l'on se détermine à faire une libéralité. C'est l'exemple que choisit Pothier : voulant prêter ou donner une chose à Pierre, je la prête ou je la donne à Paul que je prends pour Pierre; cette donation et ce prêt seront nuls, car je n'ai pas voulu donner ni prêter cette chose à Paul, je ne l'ai voulu donner ou prêter qu'à Pierre; la considération de la personne de Pierre entrait donc dans le contrat que j'entendais faire à son profit; pour mieux dire, cette considération était la cause principale de la convention (1).

Dans les contrats à titre onéreux, il faut faire une nouvelle distinction. Quand il s'agit d'une obligation de faire, la considération de la personne sera d'ordinaire la cause principale de la convention; il en est ainsi dans tous les cas où le contrat met à la charge du débiteur une obligation qui ne peut être remplie que par lui, ou qui ne serait pas remplie aussi bien par un autre. Ainsi on ne donne pas un mandat à un premier venu; on charge un artiste de travaux d'art à raison de sa capacité ou de sa réputation; on ne s'associe avec une personne que pour son intelligence des affaires, son crédit ou ses relations; dans tous ces contrats, la considération de la personne est décisive. C'est aussi l'exemple que donne Pothier (2). Si, au contraire, le contrat a pour objet une chose que l'on vend ou qu'on loue, la considération de la personne sera le plus souvent indifférente. Qu'importe le nom du vendeur ou de l'acheteur? C'est la chose ou le prix qui est l'objet principal de la convention. Ce n'est pas à dire que

(1) Voyez, en ce qui concerne la donation, le tome XI de mes *Principes* p. 169, nº 128.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 81, nº 1493.

la considération de la personne soit étrangère à ces contrats. La personne du preneur n'est pas indifférente au bailleur, il lui importe d'avoir un locataire soigneux et exact dans ses payements, il lui importe surtout d'avoir un fermier entendu et bon cultivateur. Ici il faut s'en tenir à la formule du code, de préférence à celle de Pothier : bien que la considération de la personne entre dans le contrat, elle ne sera décisive que si elle en est la cause principale; ce que le juge décidera d'après les circonstances (1).

L'article 2053 contient une application de ces principes; il décide que l'erreur dans la personne annule la transaction. Nous reviendrons sur cette disposition au titre qui est le siége de la difficulté.

III. *De l'erreur sur le motif.*

499. L'erreur sur le motif qui a engagé l'une des parties à contracter vicie-t-elle la convention? Il faut distinguer le motif de fait et le motif de droit. Le code appelle *cause* le motif juridique qui porte les parties à contracter, et il dit que la fausse cause, donc l'erreur sur la cause, fait qu'il n'y a pas de contrat (art. 1131). Nous laissons pour le moment la fausse cause de côté pour y revenir plus loin. Quant à l'erreur sur le motif de fait, il est certain qu'elle ne vicie pas le consentement; toute erreur n'est pas un vice, et le code a soin de définir l'erreur qui vicie et annule le contrat; or, l'erreur sur le motif n'est pas admise comme viciant le consentement; cela décide la question, car le texte de l'article 1110 est conçu dans les termes les plus restrictifs : l'erreur n'*est* une cause de nullité de la convention *que* lorsqu'elle tombe sur la substance *même* de la chose. Et il est bien évident que l'erreur sur le motif n'a rien de commun avec la substance de la chose.

500. Si, au point de vue des textes, la question n'est

(1) Toullier, t. III, 2, p. 83, nos 51-53. Duranton, t. X, p. 101, nos 119 et suivants.

pas douteuse, il n'en est pas de même en théorie. Les auteurs de droit naturel sont en désaccord; Pufendorf dit que l'erreur sur le motif vicie le consentement, Barbeyrac enseigne que cette erreur ne donne aucune atteinte à la convention et Pothier se range de cet avis. Voici l'espèce supposée par Pufendorf. J'achète un cheval sur la fausse nouvelle que le mien a péri. En traitant avec le vendeur, je lui fais part de l'avis que j'ai reçu. Cette erreur n'est-elle pas la cause déterminante de mon consentement? On ne saurait le nier. Dès lors ne faut-il pas appliquer le principe de Domat? Je n'aurais pas acheté si je n'avais été dans cette erreur; donc la vente doit être annulée. Les raisons alléguées par Pothier sont loin d'être décisives. Il dit que la fausseté du motif dont le testateur s'est expliqué n'empêche pas le legs d'être valable; à plus forte raison doit-on le décider ainsi à l'égard des conventions. Cet argument d'analogie est-il bien fondé? Il y a doute sur l'intention du testateur, et on interprète ce doute en faveur du legs, parce que l'on suppose que le défunt n'a pas voulu faire du motif une condition. N'arrive-t-il pas que le testateur donne sciemment un faux motif et qu'il a néanmoins l'intention de gratifier le légataire? Au contraire, dans la vente qui fait l'objet du débat, l'intention de l'acheteur n'est pas douteuse; il n'aurait pas acheté s'il n'avait été dans l'erreur sur le motif qui l'a déterminé à acheter le cheval (1).

Pothier ajoute qu'il n'y a point lieu de présumer que les parties aient voulu faire dépendre leur convention de la réalité du motif comme d'une condition, les conditions devant se suppléer bien plus difficilement dans les conventions que dans les legs. Nous allons plus loin; à notre avis, on ne peut jamais présumer une condition, mais pourquoi n'admettrait-on pas une condition en vertu de la volonté tacite des parties contractantes, puisque la convention même peut se former par un consentement tacite? Il est certain, et sur ce point tout le monde est d'accord, que les parties peuvent faire du motif de fait la

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 20. Duranton, t. X, p. 91, n° 110.

condition de leur contrat. Si elles peuvent le faire expressément, pourquoi ne le pourraient-elles pas tacitement? On ne présume rien, on induit la volonté certaine des contractants de ce qui s'est passé lors du contrat, de ce qui a été dit et fait. Si rien n'a été dit, alors on doit décider avec tous les auteurs que le motif erroné qui a porté l'une des parties à contracter est étranger à la convention. Ce qui se passe dans l'esprit de l'acheteur ou du vendeur ne peut pas influer sur la vente, quand la volonté de contracter a été pure et simple, sans être subordonnée à ce que l'une des parties pense. Les contrats ne se forment pas sur ce que l'une des parties pense, mais sur la volonté qu'elle manifeste. Une pensée non exprimée est considérée comme n'existant pas. S'il en était autrement, il n'y aurait pas de contrat à l'abri de la rescision.

A l'appui de notre opinion nous citerons les paroles de l'orateur du gouvernement : « L'erreur dans les motifs d'une convention, dit Bigot-Préameneu, n'est une cause de nullité que dans le cas où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition dont il soit clair que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement (1). » L'orateur cite Pothier, que nous venons de combattre. Il se peut qu'il n'y ait qu'un malentendu. Toujours est-il que l'explication de Bigot-Préameneu est plus correcte que celle de Pothier.

501. L'erreur sur le motif a donné lieu à un débat judiciaire qui s'est plusieurs fois renouvelé. Une compagnie d'assurance contre les chances du recrutement militaire souscrit des contrats avec des miliciens ou avec leurs parents. Surviennent des décrets, instructions et circulaires qui apportent des modifications au système de recrutement, d'une part, en ne fixant pas la répartition du contingent, ce qui ne libérait définitivement aucun des appelés ; d'autre part, en changeant la composition et le mode d'opérer du conseil de révision, de manière à rendre plus difficile l'admission des remplaçants et à réduire en tout cas le

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. VI, p. 150) Comparez Toullier, t. III, 2, p. 27, n° 41.

nombre des hommes disponibles pour remplacer. La compagnie, convaincue que la législation nouvelle altérait les conditions du remplacement, se crut déliée de ses engagements et écrivit une circulaire aux assurés pour leur signifier qu'ils étaient libres de se pourvoir de remplaçants comme ils le jugeraient convenable. Plusieurs des assurés acceptèrent la résiliation; il y avait donc concours de consentement pour rompre le marché. Plus tard, l'assureur voulut revenir sur sa déclaration et prétendit qu'il y avait eu erreur de sa part et que cette erreur viciait son consentement. En supposant, dit la cour de Rouen, qu'il y ait eu erreur, elle porterait, non sur la substance de la chose, mais sur les motifs qui avaient engagé la compagnie à résilier les contrats; on ne pouvait pas même dire qu'il y avait erreur de droit, car la loi était certaine, seulement la compagnie avait cru que la loi aurait des conséquences qu'elle n'eut point. Cette erreur d'appréciation n'est pas une erreur qui, d'après le code, vicie le consentement (1).

IV. *Règles générales.*

1. L'ERREUR DOIT-ELLE ÊTRE COMMUNE?

502. L'erreur annule-t-elle le contrat quand elle n'existe que chez l'une des parties contractantes? ou doit-elle être commune? En théorie, la question n'est guère douteuse. Le consentement des deux parties doit réunir les conditions déterminées par la loi, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être donné par erreur, ni extorqué par violence, ni surpris par dol; l'article 1109 dit qu'un pareil consentement est nul, et l'article 1117 déclare qu'il annule le contrat. Certes, en matière de dol, il n'y a que l'une des parties dont le consentement soit vicié, c'est celle qui a été trompée par l'autre; il en est de même en cas de violence. Il y a plus : l'erreur sur la personne ne se conçoit

(1) Rouen, mars 1854 (Dalloz, 1854, 2, 213). Comparez Rejet, 1er mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 134), et 15 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 164).

que chez l'une des parties contractantes. Pourquoi en serait-il autrement de l'erreur sur la substance de la chose? Les textes ne distinguent pas, et ce serait y introduire une distinction, une véritable condition qui modifierait la loi et en restreindrait, par conséquent, l'application. L'interprète n'a pas ce droit-là. Cela est incontestable en théorie, telle est aussi l'opinion de la plupart des auteurs. Mais l'application du principe a fait naître des doutes; de là controverse.

503. J'achète une médaille que je crois grecque; c'est parce que telle est ma conviction que je l'achète; il se trouve qu'elle est romaine. Il y a erreur sur une qualité substantielle, on l'admet. Mais cette erreur n'existe que chez l'acheteur. Le vendeur savait que la médaille était romaine, et il ne l'a pas vendue comme grecque. La vente sera-t-elle nulle? Oui, d'après le principe que nous venons de poser. On se récrie contre cette décision : la qualité, dit-on, sur laquelle l'une des parties seulement est dans l'erreur est en dehors du contrat. Larombière formule l'objection en ces termes : « La qualité ne devient substantielle que lorsque les deux parties l'ont prise en considération (1). » La loi ne dit pas cela, elle dit plutôt le contraire. En effet, les causes qui vicient le consentement sont nécessairement individuelles, personnelles à celui qui consent. Il s'agit de la volonté de chacune des parties contractantes; si ma volonté est viciée par l'erreur, quoique la vôtre soit pure de tout vice, le contrat peut-il se former? Non, pas plus que si l'une des parties veut et que l'autre ne veuille point. Dans ce dernier cas, il n'y aurait pas de contrat, malgré le consentement de l'une des parties; et, dans le premier cas, le contrat serait nul, parce qu'un consentement vicié ne peut pas concourir avec un consentement non vicié, sans vicier le contrat.

Il y a une autre objection plus spécieuse. Nous avons admis avec tout le monde que l'erreur sur le motif de fait de l'une des parties ne vicie point la vente, alors même

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 466. Larombière, t. I, p. 45, n° 3 de l'article 1110 (Ed. B., t. I, p. 15).

qu'il est certain qu'elle n'aurait pas contracté si elle n'avait pas versé dans cette erreur. La raison en est que l'erreur sur le motif est en dehors du contrat; par conséquent elle ne peut devenir une cause de nullité que lorsque les parties en ont fait une condition de leurs engagements. N'y a-t-il pas contradiction à maintenir une vente, alors que l'acheteur n'a acheté que parce qu'il croyait avoir perdu la chose qu'il veut remplacer, et à l'annuler alors que l'acheteur achète parce que lui seul croit que la chose a une qualité qu'elle n'a point et à raison de laquelle il l'a achetée? Au point de vue des principes consacrés par le code, il n'y a pas de contradiction; quand il y a erreur sur une qualité substantielle, on peut la constater par la nature même de la chose qui fait l'objet de la vente : on achète une médaille parce qu'elle est ancienne; on ne l'aurait pas achetée si l'on avait su qu'elle fût moderne. Quand il y a seulement erreur sur le motif et que ce motif n'est pas une condition du contrat, le vendeur ne peut pas deviner quel est le motif qui engage l'acheteur à contracter; comment savoir si un cheval, si un livre est acheté pour un motif déterminant qui fait défaut? Si telle est l'intention de l'acheteur, il faut qu'il le dise; tandis qu'il n'a pas besoin de le dire si la chose vendue est une médaille ancienne ou un vieux tableau : la chose parle d'elle-même.

504. Nous avouons que cette argumentation juridique ne nous satisfait pas entièrement; il reste un scrupule d'équité auquel le droit ne donne pas satisfaction. Est-il équitable que l'acheteur puisse se dédire d'un contrat parce que la monnaie qu'il a achetée est romaine et que lui entendait acheter une monnaie grecque, alors qu'il a gardé le silence sur ce point en achetant? S'il n'a rien dit, n'est-ce pas pour faire un bon marché aux dépens du vendeur? Et s'il s'est trompé dans cette spéculation assez peu honnête, est-il équitable qu'il vienne ensuite demander la rescision du contrat, parce qu'il a fait un mauvais marché? S'il entendait acheter une monnaie grecque, que ne l'a-t-il dit? Le vendeur se serait expliqué, et personne n'aurait été trompé.

On a proposé un tempérament pour concilier le droit avec l'équité. Il y a au moins une grave imprudence à reprocher à l'acheteur; il aurait dû s'expliquer avec le vendeur, avertir celui-ci de la qualité qu'il espérait trouver dans la chose achetée et le mettre en demeure de se prononcer sur l'existence de cette qualité. Cette faute de l'acheteur l'oblige à réparer le dommage qu'il a causé; il doit, en vertu de l'article 1382, indemniser le vendeur du préjudice que celui-ci éprouve de l'annulation du contrat, notamment s'il a manqué une autre occasion de vente (1). Nous doutons que cet expédient soit acceptable. L'article 1382 n'est relatif qu'aux délits et aux quasi-délits; en matière de conventions, les parties contractantes ne sont tenues que du dol et de la faute que l'on appelle légère. S'il y a dol, l'acheteur est responsable, mais il ne le serait pas pour une simple imprudence. En définitive, c'est la loi qui est défectueuse; il y a des nuances dans l'erreur dont elle aurait dû tenir compte et qu'elle a négligées. De là les tiraillements de la doctrine.

2. DE L'ERREUR DE DROIT.

505. L'erreur de droit vicie-t-elle le consentement? Il y a erreur de droit quand l'une des parties ou les deux parties contractantes ignorent le droit et que cette ignorance les induit en erreur sur la substance de la chose. Il y a erreur de fait dans un partage quand les cohéritiers admettent au partage une personne qu'ils croyaient parente, tandis qu'elle est étrangère à la famille. Il y a erreur de droit quand les cohéritiers admettent au partage une personne qui est parente, mais que la loi n'appelle pas à l'hérédité, tandis que les copartageants, par ignorance de la loi, la croient successible. Cette erreur de droit annulera-t-elle le partage? Controversée dans l'ancien droit, la question l'est encore sous l'empire du code; la jurisprudence et la plupart des auteurs se sont

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 19, n° 20 *bis* IV.

prononcés pour l'affirmative. Nous n'hésitons pas à embrasser l'opinion générale (1).

Le texte de l'article 1109 est conçu en termes généraux. « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur. » Ces termes excluent toute distinction : toute erreur vicie les contrats; dire qu'il n'y a que l'erreur de fait qui les vicie, c'est restreindre la loi, c'est la modifier; l'interprète n'a pas ce droit; voilà pourquoi on dit que là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis de distinguer. Il y a un autre texte tout aussi général; l'article 1377 porte : « Lorsqu'une personne qui, *par erreur*, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. » Ce second texte est encore plus décisif que le premier. En effet, c'est surtout en matière de payement indû que la question était controversée; les auteurs du code ne l'ignoraient point; s'ils avaient voulu distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, ils auraient écrit la distinction dans la loi; par cela seul qu'ils ne la consacrent pas, ils la rejettent. Cela est décisif.

Il est vrai que parfois l'interprète doit distinguer, quoique la loi ne distingue pas; c'est quand les principes l'y obligent. Dans l'espèce, l'esprit de la loi concourt avec le texte pour écarter toute distinction. Pourquoi l'erreur vicie-t-elle le consentement? Parce que, sans l'opinion erronée où se trouvaient les parties contractantes, elles n'auraient pas contracté. C'est donc l'erreur qui vicie leur volonté, en ce sens qu'elles veulent ce qu'en réalité elles ne voulaient pas; ce n'est pas la source de l'erreur : qu'importe que ce soit une ignorance de fait ou une ignorance de droit? Dès que cette ignorance engendre l'erreur, il y a vice et, par suite, le contrat est nul.

506. Au texte des articles 1109 et 1377 on oppose les articles 1356 et 2052. L'article 1356 consacre formellement la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait; il porte : « L'aveu ne peut être révoqué, à moins

(1) Toullier l'établit très-bien, t. III, 2, p. 37, nos 58-61. Comparez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 298, n° 7, § 343 *bis*.

qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. » Voilà, dit-on, l'application de la doctrine que l'on suivait en droit romain ; l'article 1109 doit être entendu dans le sens de l'article 1356 qui l'applique. On tire le même argument de l'article 2052, aux termes duquel les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit. Voilà deux dispositions qui nous font connaître l'esprit de la loi.

On répond que les articles 1356 et 2052 reçoivent encore une autre interprétation ; ce peuvent être des exceptions à la règle de l'article 1109 aussi bien que des applitions de cette règle. Reste à savoir laquelle de ces interprétations est la plus probable, et cela n'est guère douteux. On prétend que les articles 1356 et 2052 appliquent le droit commun. Mais où ce droit commun se trouve-t-il? Dans l'article 1109? Il dit tout le contraire, puisqu'il dispose que toute erreur vicie le consentement ; et l'article 1377 dit la même chose. Donc la prétendue règle dont les articles 1356 et 2052 contiendraient des applications est une pure supposition ; moins que cela, elle est contredite par des textes positifs. Si la règle était que l'erreur de droit ne vicie pas le consentement, il eût été inutile de dire qu'on ne peut l'invoquer en matière d'aveu et de transaction ; si la loi a cru devoir le dire, ce ne peut être que parce qu'elle déroge à une règle générale. En effet, il y a des motifs tout particuliers qui expliquent et justifient ces dispositions ; nous les exposerons en traitant de l'aveu et des transactions. Cela complète notre démonstration et lui donne une rigueur mathématique ; des dispositions fondées sur des motifs exceptionnels doivent avoir un caractère exceptionnel.

507. L'opinion générale a cependant contre elle une grande autorité, c'est un adage traditionnel qui nous vient du droit romain : personne n'est censé ignorer le droit. On peut répondre que le code civil ne consacre pas cette maxime et que le droit romain est abrogé. La réponse est, en général, péremptoire quand on invoque une tradition que notre code ignore. Mais, dans l'espèce, il y a un

doute; on admet l'adage quand il s'agit d'une loi d'intérêt général, personne ne peut invoquer l'ignorance d'une loi pareille. Pourquoi écarte-t-on la maxime quand il s'agit de relations d'intérêt privé? Si nous sommes présumés connaître les lois qui ne touchent pas immédiatement à notre intérêt, à plus forte raison doit-on présumer que nous connaissons les lois que nous sommes intéressés à connaître. Nous répondons que si l'on ne permet pas aux particuliers d'alléguer l'ignorance des lois d'ordre public, ce n'est pas parce qu'on suppose qu'ils les connaissent, c'est parce qu'il y a une nécessité sociale qui domine tout: la société pourrait-elle subsister si chacun pouvait s'excuser de la violation d'une loi d'ordre public en disant qu'il l'ignore? Voilà la vraie raison pour laquelle l'erreur de droit ne peut être invoquée en matière d'ordre public: elle est étrangère aux contrats. On insiste et on dit que ceux qui ignorent le droit ont toujours une faute à se reprocher; non pas que tout homme soit tenu, sous peine de faute, d'apprendre le droit, mais qu'est-ce qui empêche ceux qui contractent de prendre l'avis des hommes du métier? Doneau, qui fait cette remarque (1), ne réfléchit point que l'ignorance même où l'on est du droit empêche de demander l'avis d'un jurisconsulte. Celui qui ne sait rien ne doute de rien, l'ignorant ne songe pas même à s'éclairer. Si faute il y a, elle est à la société qui jusqu'ici ne s'est guère émue de l'ignorance universelle qui règne encore, nous ne disons pas en fait de droit, mais en toute chose. Rendra-t-on les victimes de l'incurie sociale responsables de ce qu'ils ignorent ce que personne n'a pris souci de leur apprendre? Dès que l'on écarte la faute, il faut décider que l'ignorance, quelle qu'elle soit, de droit ou de fait, vicie le consentement.

La jurisprudence est en ce sens. Des héritiers admettent au partage leurs cousins germains dans la croyance erronée où ils sont que les collatéraux jouissent du bénéfice de représentation. Il a été jugé que le partage était vicié par cette erreur de droit, parce que l'erreur tombe

(1) Donelli *Commentarii*, lib. I, cap. XX, § 3 (t. I, p. 157).

sur la substance de la chose, le droit héréditaire, et les articles 1110 et 1117 annulent les contrats dans lesquels le consentement a été vicié par une erreur substantielle, sans distinguer si le consentement a été donné par erreur de droit ou par erreur de fait (1).

508. Quelles sont les conditions requises pour que l'erreur de droit vicie le consentement? La question ne devrait pas même être posée. S'il est vrai que l'erreur de droit est comprise dans l'article 1109 qui parle de l'erreur en termes généraux, il s'ensuit qu'il n'y a, en réalité, qu'une erreur, c'est-à-dire que toute erreur, qu'elle vienne d'une ignorance de droit ou d'une ignorance de fait, doit présenter les mêmes caractères. Donc il faut que l'erreur de droit tombe sur la substance de la chose, et dès qu'elle tombe sur la substance, elle vicie le consentement.

La jurisprudence se montre cependant plus sévère pour l'erreur de droit que pour l'erreur de fait. On dirait que c'est malgré eux que les magistrats admettent que l'on ignore le droit : s'ils voulaient se rappeler que leur science est la plus difficile des sciences! Tel est l'empire de la tradition ; il est écrit que personne n'est censé ignorer le droit, donc on ne peut l'admettre que sous la condition que l'erreur soit la seule cause qui ait déterminé le consentement. Domat l'enseignait ainsi. « Si, dit-il, l'erreur de droit n'a pas été la *cause unique de la convention* et que celui qui s'est fait quelque préjudice *puisse avoir eu quelque autre motif*, l'erreur ne suffira pas pour annuler la convention. Ainsi, par exemple, si un héritier traite avec un légataire et qu'il lui paye ou s'oblige à lui payer son legs entier, ignorant le droit qu'il avait d'en retrancher une partie, parce que le testateur avait légué au delà de ce qu'il lui était permis de léguer, cette convention ne sera pas nulle. Car cet héritier *a pu s'obliger* à payer les legs entiers, par le motif d'exécuter pleinement la volonté du défunt à qui il succède. » Cette opinion rigou-

(1) Besançon, 1er mars 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 147, 1°). Comparez Toulouse, 18 juin 1821 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 331).

reuse est admise par les auteurs modernes (1). Nous croyons qu'elle dépasse la loi. Tout ce que l'article 1110 exige, c'est que l'erreur porte sur la substance de la chose; dès qu'elle est substantielle, elle vicie le consentement; le juge n'a pas le droit d'examiner s'il *peut* y avoir d'autres motifs qui justifient la convention; il ne s'agit pas des motifs qui ont engagé les parties à contracter, il s'agit de l'opinion erronée où elles se trouvaient, erreur sans laquelle elles n'auraient pas contracté. On dira qu'en fait cela revient au même. Non, s'il est permis au juge de valider la convention, pourvu qu'il y ait un motif possible qui lui serve de cause, il en cherchera et en trouvera toujours; ce qui aboutira à éluder la loi. La jurisprudence n'a pas évité cet écueil.

La cour de cassation, tout en admettant l'erreur de droit comme vice du consentement, ajoute toutes les restrictions possibles. « Si, dit-elle, dans l'état actuel de la législation, l'*on peut soutenir* que l'erreur de droit vicie une donation, cela ne peut avoir lieu que lorsqu'il est prouvé que celui qui donne était vraiment dans l'erreur et qu'elle a été la *seule cause*, la cause vraiment déterminante de la donation, alors surtout que le donateur aurait été trompé par le donataire (2). » Nous demandons où la cour de cassation trouve toutes ces restrictions. Il n'y a qu'un seul article dans le code que l'on puisse invoquer, c'est l'article 1110; et cet article dit-il que l'erreur doit être la seule cause, la cause unique du contrat? C'est confondre l'erreur avec le défaut de cause (3); la différence est cependant grande, car l'erreur vicie seulement le contrat et le rend nul, tandis que le défaut de cause fait qu'il n'y a point de contrat. Dans l'espèce, la donation a été maintenue, parce que la donatrice avait dit qu'elle faisait la libéralité par l'intérêt qu'elle portait à la personne du donataire. Si réellement il y avait erreur de droit, est-ce

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XVIII, sect. I, n° 17, p. 151. Comparez les auteurs cités par Dalloz, n° 153.

(2) Rejet, 15 juin 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 246). Comparez Rejet de la chambre civile, 12 mars 1845 (Dalloz, 1845, 1, 202).

(3) Cette confusion existe en toutes lettres dans un arrêt de la cour de Grenoble, du 24 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 147, 2°).

que ces phrases de style empêcheraient que le contrat ne fût vicié? Les cours finissent par nier que l'erreur de droit vicie le consentement. Ainsi la cour de Riom commence par dire qu'il n'y avait pas erreur de droit, puis elle dit que lors même qu'il y aurait eu erreur, elle ne serait pas substantielle, enfin elle ajoute qu'il s'agit d'une simple et pure erreur de droit contre laquelle la doctrine, d'accord avec la jurisprudence, n'a jamais permis de revenir (1). Sans doute, toute erreur de droit ne vicie point, pas plus que toute erreur de fait. Mais dès que l'erreur porte sur des qualités substantielles, elle entraîne la nullité de la convention, sans qu'il soit permis au juge de rechercher s'il y aurait d'autres motifs qui servent de cause à l'obligation.

509. L'erreur de droit vicie-t-elle le consentement quand elle est grossière? Il a été jugé que l'erreur grossière ne vicie point le contrat. Dans l'espèce, l'héritier de la ligne paternelle avait admis au partage la fille de sa sœur, croyant que le droit de représentation s'étendait aux collatéraux; il confirma le partage en achetant des biens compris dans le lot de sa nièce. Plus tard, le partage fut attaqué pour cause d'erreur de droit. La cour vit dans la série des actes consentis par l'héritier une faute lourde dont il devait être responsable, ce qui excluait toute restitution à son profit et au préjudice des tiers qu'il avait induits en erreur, parce qu'étant tenu de réparer les conséquences dommageables de sa faute à l'égard des tiers, il ne saurait agir efficacement contre eux pour en être relevé (2).

Cela nous paraît très-douteux, bien que l'on puisse invoquer la tradition romaine à l'appui de la décision. Doneau dit que la faute lourde est assimilée au dol; de même, ajoute-t-il, celui qui est dans l'erreur par suite d'une ignorance inexcusable est en faute, et il ne peut pas se prévaloir de sa faute pour attaquer le contrat qu'il a consenti (3). Il nous semble que cette doctrine rigoureuse ne

(1) Riom, 13 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 183).
(2) Besançon, 1er mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 61).
(3) Donelli *Commentarii*, lib. I, cap. XXI, § 4 (t. I, p. 158).

tient pas compte du caractère purement individuel des vices de consentement. Que l'ignorance soit grossière ou non, qu'importe? si elle a produit une erreur substantielle, cela suffit pour que le consentement soit vicié. La loi ne considère pas l'ignorance, elle ne considère que l'erreur qui en résulte; cela est en harmonie avec la théorie générale des vices qui annulent le consentement. Telle violence fait impression sur un esprit faible, elle n'en ferait aucune sur un caractère énergique. Le juge dira-t-il au premier qu'il a tort d'être un esprit faible? Les manœuvres frauduleuses trompent les personnes crédules, elles ne trompent guère ceux qui ouvrent les yeux; le juge dira-t-il à celui qui a été trompé : Il fallait ouvrir les yeux: *jura vigilantibus scripta*. Votre excuse est inadmissible, parce que la tromperie dont vous vous plaignez était grossière? Non, le juge n'a qu'une chose à examiner : le consentement des parties contractantes est-il vicié ou non? y a-t-il erreur ou n'y en a-t-il pas?

3. EFFET DE L'ERREUR.

510. L'erreur donne lieu à une action en nullité du contrat, comme toutes les causes qui vicient le consentement (art. 1112). Nous traiterons de cette action au chapitre de l'*Extinction des obligations*.

La partie contre laquelle la nullité est demandée peut-elle réclamer des dommages-intérêts? Pothier décide la question affirmativement. Si, par erreur sur la personne, dit-il, je commande un tableau à Pierre, que j'ai pris pour un peintre célèbre, je puis demander la nullité de la convention. Néanmoins si Pierre a fait le tableau, je serai obligé de le prendre et de le payer, à dire d'experts. Ce n'est pas que j'y sois tenu en vertu de la convention, elle est annulée, et ce qui est nul ne peut produire aucune obligation. La cause de mon obligation, dit Pothier, c'est l'équité, qui m'oblige à indemniser celui que j'ai induit en erreur par mon imprudence. Cette opinion doit encore être suivie sous l'empire du code; mais on ne peut plus agir en vertu de l'équité, il faut un texte qui fasse de

l'équité un droit. Ce texte se trouve dans l'article 1382, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer. Il faut donc une faute; quelle est cette faute? En quoi consiste la réparation? Nous renvoyons cette matière au titre qui en est le siége. Pour le moment, il suffit de constater que l'action en dommages-intérêts naît d'un quasi-délit; s'il n'y a point de quasi-délit, il n'y a point d'obligation. Toullier en conclut avec raison que si celui avec lequel j'ai traité connaissait mon erreur, je ne lui dois aucune réparation; car, dans ce cas, lui-même est en faute (1).

N° 3. DE LA VIOLENCE.

511. Il n'y a point de consentement valable, dit l'article 1109, si le consentement a été extorqué par violence. L'article 1112 définit la violence en ces termes : « Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la *crainte* d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. » Ainsi la violence que la loi prévoit est celle qui inspire une crainte et qui par là porte celui qui contracte sous l'empire de cette crainte à consentir une obligation qu'il n'aurait pas souscrite s'il avait été libre de faire ce qu'il veut. Celui qui est violenté consent en ce sens qu'il préfère contracter l'obligation qu'on lui extorque que d'exposer sa personne ou ses biens au mal qu'il craint; de deux maux, il choisit le moindre, mais on ne choisit jamais volontairement un mal; son consentement est donc vicié, parce que sa liberté est altérée. La loi ne dit pas en quoi doit consister la violence, elle dit seulement quelle impression elle doit faire sur la personne violentée. La violence peut consister dans de mauvais traitements infligés à celui dont on veut extorquer le consentement, ce qui implique en même temps la menace de continuer ces actes de violence, si le consente-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 19. Toullier, t. III, 2, p. 34, n° 53.

ment n'est pas donné; ou il peut y avoir simplement menace d'excès; toute violence implique donc la crainte d'un mal qui doit se réaliser si le consentement n'est pas donné. Nous avons supposé un mal concernant la personne; le mal peut aussi concerner les biens de celui dont on veut arracher le consentement : telle est une menace d'incendier ses propriétés. La loi ne prévoit pas le cas d'une violence matérielle qui consisterait à employer la force pour faire signer celui qui ne veut pas signer. Une violence pareille exclut le consentement et rendrait le contrat non existant; le code prévoit seulement la violence qui vicie le consentement de celui qui contracte une obligation et devient une cause de nullité (art. 1111).

512. Le mal que craint la personne violentée doit être *considérable* et *présent*. Qu'entend-on par mal *considérable?* C'est une question de fait que le juge décide d'après les circonstances de la cause. Il n'y a rien d'absolu en cette matière. La violence, comme tous les vices de consentement, est individuelle, et la gravité se mesure d'après la position de celui qui craint le mal; il s'agit de savoir si son consentement a été libre; le juge doit donc se mettre à sa place pour décider s'il a consenti librement ou si son consentement lui a été extorqué, comme le dit l'article 1109.

En quel sens le mal doit-il être présent? Tous les auteurs critiquent cette expression et disent que c'est la crainte qui doit être présente, plutôt que le mal. On en a fait un reproche à Pothier, que les auteurs du code ont suivi pas à pas dans cette matière. La critique est pour le moins exagérée. « Il faut, dit Pothier, que la partie qui prétend avoir été forcée à contracter ait été intimidée par la *crainte* d'un grand mal. » La crainte provenant d'une menace agit nécessairement sur l'avenir, puisque c'est dans un avenir plus ou moins prochain que le mal doit se réaliser; le mal est donc présent, en ce sens que la personne violentée doit craindre qu'il suivra immédiatement son refus de consentir. C'est ce que dit Pothier. « Il faut que ce soit un mal qu'elle ait été menacée d'endurer sur-le-champ si elle ne faisait ce qu'on lui proposait. » C'est la traduc-

tion de la loi romaine : *Metum præsentem, non suspicionem inferendi ejus*. Le mal présent est donc un mal certain qui suivra certainement le refus de consentir, peu importe qu'il se réalise aujourd'hui ou demain; cela dépend de la nature de la menace : si les menaces étaient vagues et qu'elles inspirassent seulement une vaine crainte, il n'y aurait pas de violence, ajoute Pothier; en ce sens il dit qu'un mal qui ne doit pas se réaliser immédiatement, que l'on craint dans un avenir, qui peut-être ne se réalisera jamais, n'est pas une violence légale viciant le consentement. C'est ainsi que tout le monde entend la loi; Pothier l'entendait ainsi, de même que les jurisconsultes romains, et les auteurs du code ne pouvaient l'entendre autrement, puisqu'ils n'ont fait que transcrire les paroles de Pothier (1).

513. L'article 1112 dit qu'il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une *personne raisonnable;* et le deuxième alinéa ajoute : « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. » Cette dernière disposition corrige ce que la première a de trop absolu : elle prouve, comme nous l'avons dit pour l'erreur, que les vices du consentement ont un caractère tout à fait individuel. Telle personne a-t-elle consenti librement ou a-t-elle agi sous l'influence de la crainte que lui inspirait la violence? C'est bien là une question concrète : il ne s'agit pas de savoir si un être abstrait a été libre ou s'il a été violenté, il s'agit de savoir si Pierre ou Paul a agi librement ou non. Or, une menace qui n'aurait fait aucune impression sur Pierre peut troubler l'esprit de Paul à ce point qu'il consente à tout ce qu'on lui demande pour échapper au mal qu'il redoute. C'est dire que la violence est essentiellement relative et doit, par conséquent, être appréciée par le juge d'après les circonstances individuelles.

La loi a donc tort de dire en termes absolus que la menace ne sera pas une violence, si elle n'est pas de na-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 25. Favard, Discours, n° 11 (Locré, t. VI, p. 192). Massé, t. IV, p. 86, n° 1502. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 27, n° 22 *bis* II. Aubry et Rau, t. IV, p. 299, et note 11.

ture à faire impression sur une personne raisonnable ; la fin de l'article dit le contraire. Est-ce qu'un vieillard affaibli par l'âge est encore une personne raisonnable? Est-ce qu'une femme enceinte jouit de la plénitude de sa volonté, et a-t-elle la force de caractère qu'elle possède d'ordinaire? Si l'expression du code est trop absolue, que dire de l'expression romaine? *Metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.* Le *homo constantissimus* est une exagération stoïcienne dont Domat a fait justice. Ses réflexions sont si sages et elles expliquent si bien l'esprit de notre droit moderne, que nous croyons devoir les transcrire : « Comme toutes les personnes n'ont pas la même fermeté pour résister à des violences et à des menaces, et que plusieurs sont si faibles et si timides, qu'ils ne peuvent se soutenir contre les moindres impressions, on ne doit pas borner la protection des lois contre les menaces et les violences, à ne réprimer que celles qui sont capables d'abattre les personnes *les plus intrépides*. Mais il est juste de protéger aussi *les plus faibles* et *les plus timides : et c'est même pour eux principalement* que les lois punissent toutes sortes de voies de fait et d'oppression. Ainsi conçues, elles répriment ceux qui, par quelque dol ou quelque surprise, ont abusé de la simplicité des autres, encore que le dol n'aille pas jusqu'à des faussetés ou à d'autres excès; elles s'élèvent à plus forte raison contre ceux qui par quelque violence impriment de la terreur aux personnes faibles, encore que la violence n'aille pas à mettre la vie en péril. »

C'est dire que la question de savoir si la violence est de nature à faire impression sur une personne raisonnable est essentiellement une question de fait qu'il faut laisser à l'appréciation du juge. Domat le dit, et ses paroles sont le meilleur commentaire du code civil : « Il s'ensuit de tous ces principes que si une convention a été précédée de quelque voie de fait, de quelque violence, de quelques menaces qui aient obligé celui qui s'en plaint à donner son consentement contre la justice et son intérêt, il ne sera pas nécessaire, pour l'en relever, qu'il prouve

qu'on l'ait exposé au péril de sa vie, ou de quelque autre grande violence sur sa personne. Mais s'il paraît, par la circonstance de la qualité des personnes, de l'injustice de la convention, de l'état où était la personne qui se plaint, des faits de la violence ou des menaces, qu'il n'ait donné son consentement qu'en cédant à la force, il sera juste d'annuler une convention qui n'aura pour cause que cette mauvaise voie de la part de celui qu'on aura engagé contre la justice et son intérêt (1). »

514. Aux termes de l'article 1114, « la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. » Par crainte révérentielle, Pothier entend la crainte de déplaire aux personnes que l'on respecte par affection et par devoir. Le respect de l'autorité paternelle est un sentiment très-louable, alors même qu'il serait excessif; un enfant serait donc très-mal venu à se plaindre qu'il n'a pas osé refuser le consentement que lui demandait son père, parce qu'il avait un trop grand respect pour lui. D'ailleurs cette espèce de crainte serait si difficile à constater, que mieux valait la rejeter, bien qu'il puisse arriver que l'enfant n'aurait pas consenti au contrat, si toute autre personne que son père le lui avait proposé.

Pothier applique le même principe à tous les cas où le contrat aurait été fait avec des personnes *à qui l'on doit des égards*. Le code n'a pas reproduit ces termes, mais on doit les suppléer, parce qu'il y a même raison de décider, c'est que la crainte révérentielle n'est pas une violence légale. Ce n'est pas que l'on doive approuver, dans le for de la conscience, le père ou toute autre personne qui abuse de son autorité morale pour imposer une convention désavantageuse à ceux sur lesquels elle l'exerce; si le père contracte avec ses enfants, ce ne devrait jamais être que dans leur intérêt. Mais ces considérations de délicatesse sont du

(1) Domat, *Des lois civiles*, livre I, tit. XVIII, section III, p. 151 et suiv. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 25, n° 22. Comparez Pau, 22 août 1833, et Rejet, 4 novembre 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 182, 4°).

domaine de la morale ; la loi n'en peut tenir aucun compte.

L'article 1114 ajoute une restriction à la règle qu'il établit : *sans qu'il y ait eu de violence exercée*. C'est encore à Pothier que les auteurs du code ont emprunté cette réserve. Pothier disait : « Mais si celui qui a une personne sous sa puissance avait employé les mauvais traitements ou les menaces pour la forcer à contracter, le contrat pourrait, *selon les circonstances*, être sujet à rescision (1). » Les expressions de Pothier impliquent que la violence exercée par le père n'a pas la gravité exigée, en général, pour que la violence vicie la convention ; car si c'était une violence légale, il n'y aurait plus de *circonstances* à considérer. C'est en ce sens que les auteurs interprètent l'article 1114 : la crainte révérentielle est une circonstance aggravante de la violence et, d'un autre côté, la violence prend un caractère plus odieux quand elle est exercée par celui qui ne devrait songer qu'à sacrifier ses intérêts à ceux de ses enfants. Le juge pourra donc admettre, comme viciant le consentement de l'enfant, des actes ou des menaces qui ne suffiraient point pour vicier le contrat à l'égard d'autres personnes. Il a été jugé qu'il y a violence quand une mère enferme sa fille enceinte dans une chambre, avec menace de l'abandonner dans les douleurs de l'enfantement si elle ne signe pas le contrat de cession qu'elle lui présente (2).

515. Pour que la violence vicie le consentement, il faut qu'elle soit injuste ou, comme disent les lois romaines, qu'elle soit contre les bonnes mœurs. Pothier le dit, et si les auteurs du code n'ont pas reproduit cette condition, c'est qu'elle allait sans dire ; le mot même de violence implique une voie de fait, et toute voie de fait est injuste puisqu'elle trouble le droit. Mais l'application du principe n'est pas sans difficulté. Si la violence proprement dite est une voie injuste, il peut aussi y avoir une violence juste. Toute obligation justifie l'emploi de la force, dans le cas où le débiteur ne l'exécute pas ; l'autorité publique met la force à la disposition du créancier

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 27. Duranton, t. X, p. 154, n° 154.
(2) Bruxelles, 22 août 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 188).

pour contraindre le débiteur à remplir ses engagements. Cette contrainte est une voie de droit et partant une violence juste. Mais le créancier peut-il, en usant de voies légales de contrainte, exiger de son débiteur qu'il consente à une obligation en sa faveur? ou toute obligation consentie sous l'empire d'une contrainte, fût-elle légale, est-elle viciée? La question présente deux difficultés qu'il ne faut pas confondre : y a-t-il violence viciant le consentement? et en supposant qu'il n'y ait point de violence, l'obligation a-t-elle une cause licite?

516. La première question est décidée négativement par Pothier dans les termes les plus absolus. « Les voies de droit, dit-il, ne peuvent *jamais* passer pour une violence injuste. C'est pourquoi un débiteur ne peut *jamais* se pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec son créancier sur le seul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier a faites d'exercer contre lui la contrainte par corps qu'il avait droit d'exercer, ni même sur le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison, lorsque le créancier a eu le droit de l'emprisonner (1). » Cela est trop absolu; Pothier suppose certainement que le créancier qui recourt aux voies de droit reste dans les limites de son droit. Mais s'il les dépassait? S'il abusait de son droit, de sorte qu'il y aurait une nouvelle violence? Ainsi je menace de contraindre mon débiteur par corps ou de saisir ses biens, si, outre les 10,000 francs qu'il me doit, il ne souscrit un billet de 1,000 francs en ma faveur. Ce n'est plus là la menace d'une voie de droit, car les voies d'exécution sont accordées au créancier pour contraindre le débiteur à payer ce qu'il doit et non à payer ce qu'il ne doit pas. Il y a donc une distinction à faire. Pothier a raison tant que le créancier ne fait qu'user de son droit pour obtenir le payement de ce qui lui est dû. Mais dès que le créancier abuse de son droit, il n'y a plus de droit, il n'y a plus qu'une violence injuste (2).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 26. Comparez Toullier, t. III, 2, p. 50, n° 81; Duranton, t. X, p. 134, n° 143.

(2) Larombière, t. I, p. 70 et suiv., n° 9 de l'article 1111 (Ed. B., p. 35). Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 27, n° 22 *bis* III.

La jurisprudence est en ce sens. Un créancier, dans le but de se couvrir de sa créance hypothécaire, menace le débiteur de recourir à la saisie s'il ne vend pas les immeubles hypothéqués à un tiers qu'il indique. Y a-t-il usage d'un droit ou abus d'un droit? C'est une question de fait : il faut voir les circonstances. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de Liége, il n'y avait pas de violence; le débiteur avait débattu avec son créancier les conditions de la vente, il avait stipulé des réserves dans son intérêt, preuve qu'il jouissait d'une entière liberté. D'un autre côté, on ne pouvait pas dire que le créancier eût abusé de son droit pour extorquer plus qu'il ne lui était dû, ou pour arracher au débiteur une convention qui lui était désavantageuse; car le jour même du contrat, il avait offert au débiteur d'en faire cesser les effets si dans un délai déterminé il trouvait un acquéreur qui lui offrît des conditions plus avantageuses; même en justice, il consentit à renoncer à son contrat si on l'indemnisait complétement; il n'usait donc pas de son droit pour extorquer du débiteur quoi que ce soit de préjudiciable, il en usait pour être payé sans recourir à l'expropriation, désastreuse pour tous (1).

Une voie légale peut devenir une violence injuste quand elle est pratiquée à l'étranger en opposition avec un jugement rendu en Belgique. Un Belge affrète en Angleterre un navire pour le transport d'émigrants; le navire, visité dans le port d'Anvers, est déclaré innavigable, par suite la cour de Bruxelles prononce la résiliation du contrat d'affrétement. L'arrêt passe en force de chose jugée; ce qui n'empêche pas l'armateur anglais de faire emprisonner son prétendu débiteur, qui s'était rendu en Angleterre. Il resta vingt-deux mois en prison et ne fut rendu à la liberté qu'après avoir signé des traites au profit de l'armateur anglais. Les billets furent signés en prison, mais le créancier eut soin de ne les faire dater qu'après que le signataire avait été relâché. La précaution témoignait contre celui qui avait cru devoir la pren-

(1) Liége, 8 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 168).

dre; il avait abusé de son droit, pour mieux dire il n'en avait plus; la contrainte, légale en apparence, était en réalité une voie de fait qui viciait le consentement (1).

517. Une personne surprise en flagrant délit souscrit un engagement au profit de celui qui est lésé par le délit; le contrat est-il vicié par la violence si le coupable consent sous la menace de poursuites criminelles? Il faut distinguer la cause illicite de la violence. Si l'auteur du délit pactise avec la partie lésée sur les poursuites criminelles, en ce sens que la partie lesée promet de ne pas porter plainte, moyennant l'engagement que contracte le coupable, il y a cause illicite, contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public; c'est plus qu'un vice de consentement, il n'y a pas de contrat, car un contrat sur cause illicite ne peut produire aucun effet (art. 1131-1133). La cour de Bordeaux l'a jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute. Un voleur souscrit un effet de 300 francs, au profit de la personne volée, pour prix de son silence et sur la garantie de l'impunité. Poursuivi par le ministère public, il est condamné; il demande la nullité de l'obligation qu'il a consentie; la nullité fut prononcée pour défaut de cause et pour cause illicite. La question de savoir si le contrat était nul ou inexistant était indifférente, elle ne fut pas soulevée (2).

La convention qui intervient entre le coupable et la partie lesée peut aussi avoir pour objet la réparation du préjudice qui résulte du délit. Ceci est un intérêt purement privé, sur lequel il est permis de transiger. Quand donc la cause de l'obligation est sérieuse, le contrat est valable, alors même qu'il aurait été consenti sur la menace de poursuites ou pendant le cours des poursuites. La cour de Paris a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Le père d'un failli recèle des marchandises détournées de la faillite; il s'engage à en payer le prix, puis il demande la nullité de son engagement sur les motifs qu'il ne l'aurait souscrit que sous l'impression

(1) Bruxelles, 29 avril 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 192).

(2) Bordeaux, 20 février 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 171). Comparez Duranton, t. X, p. 137, n° 144.

de la menace qu'on aurait faite de le poursuivre comme recéleur. Etait-ce une violence injuste? Non, car l'obligation en elle-même avait une cause valable, celle d'indemniser les créanciers du préjudice qu'ils éprouvaient par suite du détournement des marchandises; elle se bornait d'ailleurs au prix que le coupable aurait été en tous cas tenu de payer. Si donc des menaces lui avaient été faites, ces menaces étaient légitimes (1). Quand même il y aurait des poursuites criminelles en faux, la transaction qui interviendrait dans le cours de l'action publique sur les pièces arguées de faux ne serait pas viciée par le fait seul de la poursuite, s'il n'en est résulté aucune violence morale; dans l'espèce, le prévenu prétendait qu'il n'avait transigé que pour se soustraire à l'action publique; la cour n'écouta pas cette excuse de la part d'un homme dont l'expérience en affaires était notoire, et qui savait fort bien que la transaction civile n'arrête pas l'action du ministère public (2).

518. Il est indifférent par qui la violence est exercée. L'article 1111 porte : « La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite. » Pothier, qui tient toujours à ce que le droit civil soit d'accord avec le droit naturel, examine assez longuement la question de savoir si celui qui agit sous l'empire de la contrainte exercée par un tiers agit librement. Ce qui embarrassait les docteurs catholiques, c'est qu'il était reçu par la tradition de leur Eglise qu'un chrétien était coupable lorsqu'il sacrifiait aux idoles, quoiqu'il y fût contraint par la crainte de la mort et des supplices; cela les portait à croire qu'un consentement extorqué par violence était néanmoins un vrai consentement. Si l'on examine la question, en laissant cette tradition de côté, on ne conçoit point qu'elle ait divisé Grotius, Pufendorf et Barbeyrac. Sans

(1) Paris, 5 août 1853 (Dalloz, 1855, 2, 317). Comparez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 173, et Larombière, t. I, p. 78, n° 11 de l'article 1111 (Ed. B., t. I, p. 36).

(2) Bruxelles, 14 juin 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 213, et Dalloz, n° 174).

doute, celui qui consent par violence, consent; mais il s'agit de savoir si son consentement est libre ou s'il est vicié et, en vérité, on est presque honteux de poser la question, tellement la décision est évidente. L'annotateur de Pothier dit très-bien : « Ne nous érigeons point en juges des chrétiens qui sauvaient leur vie en sacrifiant aux idoles, ne damnons personne et disons sans hésiter que la raison et, par conséquent, le droit naturel exigent la liberté de la volonté pour contracter valablement (1). »

519. Y a-t-il violence quand, dans un péril de vie que je cours ou que courent des personnes qui me sont chères, je fais une promesse à quelqu'un s'il vient à mon secours? Pothier décide que l'obligation est valable, quoique contractée sous l'impression de la crainte de la mort. C'est que la violence n'est que l'occasion, elle n'est pas la cause de l'engagement que j'ai contracté. Mais que décider si cet engagement est excessif? Une mère promet toute sa fortune à celui qui sauvera son enfant des flots ou des flammes : devra-t-elle tenir sa promesse? Pothier répond que si la promesse est excessive, le juge la réduira à la somme à laquelle il appréciera la juste récompense qui est due à celui qui a rendu le service. La décision est fondée en équité, mais l'est-elle en droit? Non. Si le consentement n'est pas vicié, l'obligation est valable et toute obligation est une loi pour ceux qui l'ont souscrite : le juge ne peut pas la réduire. On a prétendu que la promesse excessive prouvait que celui qui la fait ne jouit pas de la plénitude de sa raison, qu'il est en proie à un égarement momentané. S'il en était ainsi, il faudrait annuler l'obligation et même la déclarer inexistante. En théorie, il faut s'en tenir à la rigueur du droit; quant à la pratique, elle ignore ces débats (2).

520. Aux termes de l'article 1113, « la violence est une cause de nullité du contrat, non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lors-

(1) Bugnet sur Pothier, *Des obligations*, nº 23 (t. II, p. 17, note 1).
(2) Pothier, *Des obligations*, nº 24, et, en sens divers, Toullier, t. III, 2, p. 52, nº 85; Marcadé, t. IV, p. 356, nº II de l'article 1114; Demante, t. V, p. 24, nº 20 *bis*. Demolombe, t. XXIV, p. 137, nºs 150, 151.

qu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants. » Le rapporteur du Tribunat donne le motif de cette disposition qu'il serait à peine besoin de motiver, si elle n'avait donné lieu à une question controversée : « Vous sentez, dit Favard, que le danger d'une épouse doit être aussi puissant, aussi déterminant que celui que nous éprouvons nous-mêmes, que la nature fait partager au cœur du fils ou du petit-fils les maux qu'ils voient souffrir aux auteurs de leurs jours. Dans un cas, l'amour conjugal, dans l'autre, l'amour paternel et la tendresse filiale confondent l'existence des chefs et des rejetons de la famille : *les maux de l'un sont les maux de tous les autres.* »

On demande si cette disposition peut être étendue au cas où la violence serait exercée contre un parent collatéral, contre un ami ou même un étranger. Oui, a-t-on dit, au moins en ce sens que celui qui a contracté un engagement doit être admis à prouver qu'il ne l'a fait que sous l'impression de la crainte que lui inspirait la violence exercée contre n'importe qui. Il y aurait donc cette différence entre la violence exercée contre l'une des personnes énumérées à l'article 1113 et les autres que, dans le premier cas, comme le dit le tribun Favard, la violence exercée sur un conjoint, un descendant ou un ascendant est censée exercée contre celui qui contracte; tandis que, dans le second cas, il y aurait une preuve à faire, c'est que la violence, quoique exercée sur une autre personne, a privé de sa liberté celui qui a consenti sous l'influence de cette émotion morale. Nous croyons que cette opinion est contraire au texte et à l'esprit de la loi. La violence, en règle générale, suppose que celui qui s'oblige l'a fait dans la crainte d'exposer *sa* personne ou *sa* fortune à un mal considérable et présent. Donc quand il s'agit du mal qui menace une autre personne, il n'y a pas de violence. L'article 1113 admet une exception à ce principe, dans un cas où, comme le dit Favard, la personne violentée ne fait qu'un avec celui qui a contracté l'obligation. En dehors de cette exception, on rentre dans la règle. Cela est aussi fondé en raison. On conçoit que l'on arrache le

consentement du débiteur, en le menaçant lui et les siens d'un mal considérable et présent; mais qui donc peut songer à extorquer le consentement, en violentant un parent quelconque, un ami ou un étranger (1)?

521. Quel est l'effet de la violence? Le consentement étant vicié, le contrat est nul; c'est-à-dire que la partie qui s'est obligée sous l'empire de la violence peut demander la nullité du contrat (art. 1117). Nous renvoyons ce qui concerne l'action en nullité au chapitre de l'Extinction des obligations.

N° 3. DU DOL.

522. On appelle dol, dit Pothier, toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre. Le consentement n'est pas valable, s'il a été surpris par dol (art. 1109). D'après l'article 1116, le dol vicie le consentement et annule la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Quel est le but de ces manœuvres? C'est de tromper, c'est-à-dire d'induire en erreur la personne que l'on veut déterminer à souscrire un engagement qui lui est défavorable. Il y a donc une grande analogie entre le dol et l'erreur. Si l'erreur que produit le dol tombe sur la substance de la chose, il y a deux causes qui vicient le consentement, l'erreur et le dol. Toutefois les deux vices sont loin de se confondre. L'erreur suffit pour vicier le consentement, quand même il n'y aurait eu aucune manœuvre frauduleuse; et le dol suffit, alors même que l'erreur qui en résulte ne serait pas substantielle. Mais au moins faut-il une erreur quelconque pour qu'il y ait dol. Si celui que l'on veut tromper découvre la fraude et n'en contracte pas moins, il n'y a plus de dol, le contrat est parfaitement valable. Il faut dire alors avec

(1) Duranton, t. X, p. 151, n° 152. Aubry et Rau, t. IV, p. 300, note 14. En sens contraire, les auteurs qui y sont cités, auxquels il faut ajouter Marcadé, t. IV, p. 355 et Mourlon, t. II, p. 469.

la Rote de Gênes : *Scienti ac volenti et intelligenti fraus fieri non potest* (1). »

523. Tout dol ne vicie point le consentement. L'article 1116 est conçu dans des termes très-restrictifs : il exige que les manœuvres pratiquées par l'une des parties soient telles, qu'il *est évident* que sans ces manœuvres l'autre n'aurait pas contracté. Quand cela est-il *évident?* S'il y a une question de fait, c'est celle-là. La fraude est un Protée qui prend mille et une formes : le législateur s'est bien gardé de la définir et d'en déterminer les caractères; c'eût été donner à la mauvaise foi un moyen d'éluder la loi; le juge doit avoir en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Les interprètes, moins sages que le législateur, se sont ingéniés à distinguer, à diviser et à définir; nous ne dirons rien du dol *positif* et du dol *négatif*, du dol *personnel* et du dol *réel*; c'est de la scolastique toute pure, et toute scolastique devrait être bannie de notre science, qui est la science de la vie et non la science des abstractions. Il y a cependant une de ces distinctions sur laquelle il faut nous arrêter, ne fût-ce que pour prouver qu'à force de vouloir éclaircir les idées par des divisions, on les embrouille (2).

On appelle dol *principal* celui qui a porté l'une des parties à contracter, et dol *incident* ou *accidentel* celui qui ne tombe que sur les accessoires de la chose. Le dol principal, dit-on, vicie le consentement, tandis que le dol incident ne le vicie point. Reste à savoir quand le dol est principal, quand il est incident. Or, si l'on s'en tient à la définition traditionnelle, la distinction ne sert qu'à une chose, à induire en erreur. La plupart des auteurs disent que par dol principal on entend les manœuvres qui ont amené une partie à faire un contrat, alors qu'elle ne songeait pas à contracter; et, par dol incident, les manœuvres qui, pratiquées dans le cours d'une négociation déjà entamée, n'ont pas fait naître chez l'une des parties l'intention de contracter, et n'ont eu pour résultat que de la porter

(1) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 93, n° 1510. Demolombe, t. XXIV, p. 161, n° 181.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 94, n° 1512.

à accepter des conditions plus désavantageuses (1). Ainsi entendue, la distinction est fausse ; car, quoique décidé à contracter, il se peut très-bien que, sans le dol qui m'a trompé, je ne l'aurais pas fait aux conditions sous lesquelles j'ai traité; le dol incident devient donc, dans ce cas, dol principal : preuve que la distinction ne sert à rien. Pour échapper à cette inexactitude, on a défini le dol principal celui sans lequel les parties n'auraient pas contracté; c'est la définition de l'article 1116, et on a appelé dol incident celui qui n'aurait pas empêché la partie trompée de contracter (2). Cela est exact, mais à quoi cela sert-il? A donner un nom à la chose; mais le nom de dol principal et le nom de dol incident aideront-ils le juge à distinguer le dol qui vicie le consentement et le dol qui ne le vicie point? Tenons-nous au texte de la loi et n'ayons pas la prétention de définir *à priori* les caractères de la fraude que le juge, avec un peu de bon sens, discernera mieux que le plus subtil jurisconsulte.

524. Quand le dol vicie-t-il le consentement et annule-t-il la convention? Le vice naissant du dol ne diffère pas sous ce rapport des autres causes qui vicient le consentement. Tout vice du consentement est individuel et doit être apprécié au point de vue de la personne qui contracte; le juge doit se mettre à sa place pour décider quelle influence les manœuvres frauduleuses ont eue sur son esprit; celui qui n'a pas l'expérience des affaires et qui croit facilement à la probité ajoutera foi à des promesses que les hommes expérimentés n'écouteront même pas. Peut-être les auteurs du code ont-ils trop limité le pouvoir d'appréciation du juge en exigeant qu'il soit *évident* que, sans les manœuvres, la partie trompée n'aurait pas contracté. Le dol est bien plus fréquent que la violence et l'erreur; le désir de s'enrichir par toutes les voies bonnes ou mauvaises se répand dans tous les rangs de la société et cette mauvaise passion ne recule devant rien. Si le juge est impuissant à l'arrêter, il peut du

(1) Duranton, t. X, p. 168, n° 171. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 302 et notes 21 et 22.
(2) Demolombe, t. XXIV, p. 155, n°s 175 et 176.

moins la réparer. Son pouvoir est nécessairement discrétionnaire; qu'il en use pour raffermir le sens moral sans lequel il n'y a pas de société possible, pas de civilisation, pas de liberté.

Une femme faible d'esprit passe deux actes de vente. Sa faiblesse d'esprit était notoire, elle allait jusqu'à l'imbécillité, dit la cour d'Alger; les actes mêmes qu'elle souscrivit en fournissaient la preuve; ils devaient opérer infailliblement sa ruine puisqu'ils ne lui offraient que des compensations dérisoires de ce qu'elle vendait. Certes la fraude ne devait pas être très-subtile pour la tromper et une intelligence ordinaire aurait suffi pour la tenir en garde contre les grossières manœuvres que l'on mit en usage pour l'amener à contracter. La cour annula néanmoins et à juste titre, et la cour de cassation, à laquelle on osa recourir, confirma sa décision (1).

Il se trouve de sots acheteurs comme il y a de sots vendeurs. Un cultivateur ayant une petite fortune et une grande ambition était à la recherche d'une femme; il avait déjà essuyé plus d'un refus quand un ancien notaire, de complicité avec deux agents d'affaires, lui fit accroire qu'il pouvait devenir acquéreur d'un magnifique domaine, et épouser la fille dudit notaire, dont la dot servirait en partie à payer l'acquisition. Double tromperie qui n'avait d'autre objet que d'extorquer du malheureux quelques mille francs que les fripons se partagèrent. Traduits en police correctionnelle, ils furent acquittés; les escrocs s'y laissent rarement prendre, ils savent comment on tourne la loi; mais les juges insinuèrent que le contrat souscrit par la dupe pourrait bien être vicié. La cour de Toulouse annula les conventions en flétrissant les manœuvres dolosives mises en usage pour tromper un esprit faible et crédule, sans même recourir à une enquête, tellement le dol était patent (2).

525. Les agents d'affaires jouent un vilain rôle dans les débats qui portent sur le dol : il y en a presque tou-

(1) Rejet, 11 mars 1862 (Dalloz, 1862. 1, 537).
(2) Toulouse, 8 juillet 1867 (Dalloz, 1867. 2 118).

jours un en cause. Deux agents d'affaires se chargent du recouvrement d'une créance de 3,623 francs à charge d'une personne décédée en état de faillite, à la condition que la moitié des sommes recouvrées leur appartiendrait. Dans l'exécution de leur mandat, ils apprennent qu'un fils du débiteur avait fait un testament par lequel il exprimait la volonté que sa succession servît à éteindre les dettes de son père. Les mandataires, au lieu de faire connaître ce fait à leur mandant, le tiennent caché et se font céder la créance pour 600 francs. Cette cession fut annulée par la cour de Paris pour double vice, erreur et dol. Le cédant ignorait qu'il avait un droit certain contre le fils du failli; il cédait donc, comme créance incertaine, une créance dont le recouvrement était assuré; et les cessionnaires avaient acheté à vil prix une créance que d'abord ils s'étaient chargés de recouvrer, en tournant au préjudice du mandant les renseignements qu'ils avaient obtenus en qualité de mandataires et dont ils ne devaient faire usage que dans l'intérêt de leur mandant. Il y eut aussi recours en cassation; la cour le rejeta en décidant que les juges du fait avaient un pouvoir souverain en cette matière (1).

526. Tout contrat est annulable pour cause de fraude. Un prêt frauduleux fait avec stipulation d'intérêts de 25 p. c. s'était grossi rapidement et s'élevait, lors du litige, à 100,000 francs. Les prêteurs avaient payé quelques mille francs ou remboursé des dettes de l'emprunteur. Tout fut annulé, sauf, bien entendu, restitution des sommes versées, nul ne pouvant s'enrichir aux dépens d'autrui. Les prétendus prêteurs se pourvurent en cassation. Il va sans dire que le pourvoi fut rejeté (2).

Il faut lire, dans les recueils d'arrêts, les faits d'un procès scandaleux où un notaire joue le rôle que jouent d'habitude les agents d'affaires, en multipliant les fraudes pour s'assurer la priorité d'une inscription hypothécaire au mépris d'une promesse formelle. La cour de cassation,

(1) Rejet, 12 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 302).
(2) Rejet, 27 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 174).

comme toujours, confirma les décisions rendues par les juges du fait; l'arrêt de la cour de Limoges était accablant de preuves, à charge d'un fonctionnaire public qui aurait dû donner l'exemple de la délicatesse (1).

527. Nous arrivons à un contrat qui, dans les temps modernes, est devenu une vraie mine à fraudes; il s'agit des sociétés qui émettent des actions à l'usage des dupes que l'on attire par l'appât du gain. On annonce dans les journaux la vente de 4,000 actions de la société du télégraphe électrique méditerranéen; on y dit que ces 4,000 actions sont les seules qui aient été réservées aux souscripteurs français. Ce dernier fait était faux. De plus, on faisait accroire au public que les actions étaient émises directement par la compagnie, tandis qu'en réalité elles avaient été rachetées à prix réduit et qu'elles étaient revendues par un spéculateur; tout cela pour tromper les souscripteurs qui s'imaginaient que la demande dépassait l'offre, ce qui supposait une bonne affaire, tandis qu'elle était mauvaise. Le tribunal de commerce, prenant ces faits en considération, prononça la nullité des souscriptions. En appel, la décision fut réformée. La cour reconnaît que les allégations du spéculateur étaient fausses, mais elle décida que ces allégations n'avaient pas exercé une influence décisive sur l'esprit des souscripteurs; ils pouvaient vérifier l'exactitude des faits, dit l'arrêt, et ils avaient négligé de le faire. Nous croyons que cette décision est aussi contraire au droit qu'à l'équité. Qui songera à vérifier des allégations qu'on fait publiquement, comme émanant d'une compagnie? Il sera donc permis de mentir pour tromper; tant pis pour les dupes qui auront cru aux mensonges! Nous préférons la décision des magistrats consulaires. La cour de cassation rejeta, il est vrai, le pourvoi (2), mais elle l'aurait rejeté aussi si la cour avait annulé les contrats pour cause de fraude, puisque en cette matière l'appréciation des juges du fait est souveraine.

(1) Rejet, 15 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 167).
(2) Rejet, 14 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 429).

528. Le dol qui ne présente pas les caractères déterminés par l'article 1116 ne donne pas lieu à la rescision du contrat. Est-ce à dire que ce dol soit permis et, en ce sens, licite? Pothier répond que le dol qui n'entraîne pas la rescision du contrat donne néanmoins lieu à des dommages et intérêts pour la réparation du tort causé à la partie qui a été trompée. Mais ici les auteurs font une nouvelle distinction. Toute espèce de tromperie ne donne pas à la partie qui a été trompée le droit de réclamer des dommages-intérêts. C'est ce que M. Larombière appelle un dol toléré. Telles sont, dit-il, les dissimulations des défauts de la chose, les simulations de qualités qu'elle n'a point, l'exagération des qualités qu'elle a, l'atténuation des défauts qu'elle peut avoir. Pothier a soin de remarquer que la morale réprouve ces tromperies. Dans le for intérieur, dit-il, on doit regarder comme contraire à la bonne foi tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse; la seule dissimulation sur ce qui concerne la chose qui fait l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte avait intérêt à savoir, est contraire à la bonne foi. Cela est de toute évidence. Pourquoi donc les auteurs s'accordent-ils à décider que ces tromperies sont tolérées? L'annotateur de Pothier répond que la pratique des règles de délicatesse recommandées par Pothier serait sans doute très-louable; mais si elles étaient obligatoires, dit Bugnet, il faut en convenir, les ventes et toute espèce de conventions deviendraient rares(1). C'est dire que la tromperie est une nécessité du commerce; Cicéron aurait donc eu raison d'écrire que la place d'un honnête homme n'est pas dans une boutique. Notre conscience se révolte contre cette doctrine, mais nous osons à peine la critiquer au point de vue légal, quand nous voyons Pothier, si scrupuleux, l'approuver. Pour le for extérieur, dit-il, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui avec qui elle a contracté aurait données à la bonne foi; autrement il y aurait un trop grand nombre de conven-

(1) Pothier, *Des obligations*, n°s 30 et 31; Larombière, t. I, p. 82, n° 5 de l'article 1116 (Ed. B., p. 40); Bugnet sur Pothier, t. II, p. 19, note 4.

tions qui seraient dans le cas d'être rescindées, ce qui donnerait lieu à trop de procès et causerait un dérangement dans le commerce.

Ainsi il y a des tromperies qui donnent lieu à des dommages-intérêts et il y en a qui n'obligent pas à indemniser la partie trompée. Comment le juge les distinguera-t-il? Où est la limite qui sépare le dol dommageable du dol toléré? On la chercherait vainement dans les auteurs, la doctrine est impuissante à formuler la distinction (1); ce qui prouve, à notre avis, qu'elle est fausse et qu'il faudrait admettre que toute tromperie qui cause un préjudice donne droit à une réparation. Toujours est-il que le juge a le droit de prononcer les dommages-intérêts dès qu'il y a un fait dommageable (art. 1382); et si mon imprudence m'assujettit à réparer le dommage qu'elle cause (art. 1383), à plus forte raison ma mauvaise foi m'y oblige-t-elle. Les juges feront bien d'user du pouvoir discrétionnaire qui leur appartient pour donner des leçons de moralité aux parties contractantes, en attendant que l'éducation morale développe la délicatesse de conscience qui devrait régner dans tous les rapports des hommes.

529. Pour que le dol vicie le consentement et qu'il annule le contrat, il faut encore qu'il soit l'œuvre de l'une des parties (art. 1116), de sorte que les manœuvres pratiquées par un tiers ne vicieraient pas la convention, alors même qu'il serait évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. C'est une différence entre la violence et le dol; elle résulte des textes (art. 1111 et 1116), mais il est difficile d'en préciser la raison. Celle que l'on donne d'ordinaire a été critiquée, bien qu'elle remonte à Pothier (2). Le dol, dit-il, oblige celui qui le commet à réparer le dommage qu'il cause; si c'est l'une des parties qui est l'auteur des tromperies, l'indemnité consistera à dégager de sa promesse celui qui ne l'a faite que sous l'influence des manœuvres doleuses. D'après

(1) Duranton, t. X, p. 184, n°s 181, 182; Demolombe, t. XXIV, p. 158, n°s 178, 179.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 29. Comparez Larombière, t. I, p. 85, n° 8 de l'article 1116.

cette explication, la rescision serait prononcée à titre de dommages-intérêts, et équivaudrait à l'action en dommages-intérêts que la partie trompée a contre le tiers qui l'a induite en erreur. Cette théorie laisse à désirer. Le dol est plus qu'une cause de dommage, c'est une cause qui vicie le consentement; or, le consentement est vicié, quel que soit l'auteur du dol, un tiers ou la partie contractante; et si le consentement est vicié quand je suis trompé par un tiers, pourquoi ne me permet-on pas de demander la rescision de l'engagement que j'ai contracté par suite de ces manœuvres, comme on me le permet quand un tiers a usé de violence pour extorquer mon consentement? Le dol et la violence ont des caractères particuliers qui expliquent cette différence. La violence consiste en voies de fait qui troublent la sécurité des hommes et compromettent, par conséquent, l'ordre public; sous ce rapport, la violence est un fait plus grave que le dol, et le législateur a dû le réprimer plus sévèrement; or, la répression, au point de vue civil, serait le plus souvent impossible si la partie violentée devait agir contre l'auteur de la violence; car rarement elle le connaît, ceux qui emploient ces moyens coupables ayant bon soin de se cacher ou de se déguiser. Et en supposant même que l'auteur des violences fût connu, l'action en dommages-intérêts qui serait formée contre lui serait illusoire, car ce ne sont pas des hommes solvables qui ont recours à des voies de fait. Ces raisons n'existent pas pour le dol; l'intérêt général demande, au contraire, que les conventions soient maintenues, sauf à agir contre celui qui a employé des manœuvres doleuses pour surprendre le consentement de l'une des parties contractantes. En définitive, la différence que la loi fait entre la violence et le dol ne s'explique pas au point de vue des principes qui régissent le consentement, elle ne se justifie que par les conséquences pratiques qui résultent de l'un et de l'autre vice (1).

L'article 1116 recevrait son application si la partie avec laquelle je contracte était participante du dol prati-

(1) Duranton, t. X, p. 172, n° 176. Demolombe, t. XXIV, p. 163, n° 184.

qué par un tiers. C'est l'expression de Pothier; elle est assez vague, et à dessein, croyons-nous. Il ne faut pas qu'il y ait un acte de complicité, il suffit que la partie ait eu connaissance des manœuvres employées par un tiers pour déterminer l'autre partie à contracter et qu'elle n'en ait point averti cette dernière, la bonne foi qui doit régner dans les contrats lui en faisait un devoir; c'est vouloir profiter du dol que de le tenir caché. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. On admet encore que le dol pratiqué par le mandataire permet de demander la nullité contre le mandant : tel serait le dol du tuteur. Le mandant est partie au contrat, on est donc dans les termes de la loi (1). Mais l'article 1116 ne serait plus applicable s'il s'agissait d'un fait juridique autre qu'un contrat, le texte suppose une convention; quand il n'y en a pas, on reste sous l'empire des principes généraux d'après lesquels le dol vicie le consentement (2).

530. L'article 1116 ajoute que le dol ne se présume pas et qu'il doit être prouvé. Pothier dit que les manœuvres doleuses doivent être pleinement justifiées. Il ne faudrait pas conclure de là que la loi se montre plus sévère pour la preuve du dol que pour la preuve en général des faits qui sont allégués en justice. C'est plutôt le contraire. Le code rejette, en principe, la preuve testimoniale et les simples présomptions de l'homme, tandis qu'il les admet pour prouver la fraude. La raison en est simple, c'est que les manœuvres doleuses ne se produisent pas au grand jour, celui qui les emploie a soin de les cacher et de n'en pas laisser de preuve. C'est donc le cas d'appliquer la règle établie par l'article 1348 : la preuve testimoniale est indéfiniment admissible dans tous les cas où le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale. Et quand la preuve par témoins est reçue, le juge peut aussi admettre des présomptions. En quel sens donc Pothier dit-il que le dol doit être pleinement justifié? Il y a un autre écueil, c'est que l'on prétende prouver le dol par

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 303, et notes 27 et 28, et les autorités qui y sont citées.
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 417, nº 354.

des inductions plus ou moins arbitraires. L'article 1353 a soin d'exiger des présomptions graves, précises et concordantes. Il a été jugé en ce sens que le dol doit être prouvé, non par des inductions, mais par des faits graves et précis (1).

§ V. *Des promesses et stipulations pour un tiers.*

ARTICLE 1. Principe.

531. L'article 1119 établit deux principes. « On ne peut, en général, s'*engager* en son propre nom que pour soi-même. » Et « on ne peut, en général, *stipuler* en son propre nom que pour soi-même. » La loi distingue ici le fait de s'*engager* et le fait de *stipuler*. S'*engager* se dit du débiteur qui contracte une obligation ; on ne dit jamais du créancier qu'il s'engage. *Stipuler* se dit du créancier qui contracte pour acquérir un droit; en ce sens on ne dit pas du débiteur qu'il stipule. Toutefois les mots *stipuler, stipulation* ont aussi, surtout dans le langage ordinaire, une signification beaucoup plus large : stipulation est synonyme de convention et comprend, par conséquent, l'obligation du débiteur et le droit du créancier. Dans l'article 1119, la loi emploie l'expression *stipuler* dans son sens juridique.

532. Le principe concernant la *promesse* est mal formulé. Si l'on prenait l'article 1119 à la lettre, a-t-on dit, il en résulterait que la loi prohibe le cautionnement, car la caution engage, en son nom, pour un tiers, le débiteur. Il est inutile de nous arrêter à cette critique, car tout le monde est d'accord sur ce que la loi veut dire : on ne peut promettre le fait d'un tiers, on ne peut promettre que pour soi-même. Pothier dit que cette proposition est évidente. Si je promets qu'un tiers vous donnera ou fera quelque chose, sans rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni le tiers ni moi. Elle n'oblige point le tiers, car le tiers n'a pas consenti, et personne

(1) Liége, 5 avril 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 42).

ne peut être obligé sans son consentement. Elle ne m'oblige pas moi, car j'ai promis pour un autre, je n'ai pas promis pour moi, je n'ai donc pas entendu m'obliger (1).

Ce que Pothier trouvait si évident est presque traité de niaiserie par les auteurs modernes. L'un dit que la proposition est contradictoire dans les termes et n'a point de sens. Qu'est-ce que promettre *en son propre nom?* C'est agir pour son propre compte, c'est faire sa propre affaire. Qu'est-ce que promettre pour un tiers, ou promettre le fait d'un tiers? C'est agir pour un autre, c'est faire l'affaire d'autrui. Promettre *en son propre nom* le fait d'autrui est donc une promesse qui implique contradiction, puisqu'elle comprend deux idées qui s'excluent. Il suffit de lire ce que dit Pothier pour trouver un sens très-naturel à cette prétendue énigme; car c'est à Pothier que les auteurs du code ont emprunté la règle que l'on traite de non-sens, et notre maître à tous n'a pas l'habitude de parler en logogriphes. « Ce que nous avons dit que nous ne pouvions rien promettre que pour nous-mêmes, et non pour un autre, s'entend en ce sens que nous ne le pouvons lorsque nous contractons *en notre nom;* mais nous pouvons prêter notre ministère à une autre personne afin de promettre pour elle; en ce cas, ce n'est pas nous qui contractons, c'est cette personne qui contracte par notre ministère (2). » Voilà l'explication; elle est aussi simple que la proposition.

D'autres disent que la règle est par trop simple, que c'est une de ces vérités que l'on ne formule point dans un code, parce qu'elles vont sans dire et que, du reste, elles sont inutiles et sans aucune importance pratique. Vaut-il la peine de dire que celui qui n'a pas entendu s'engager n'est pas obligé, et que le tiers qui réellement est étranger à cette promesse n'en est pas tenu? Il est plus clair que le jour qu'il ne peut y avoir d'obligation là où il n'y a pas volonté de s'obliger. Nous admettons volontiers que la chose est évidente et que le législateur aurait pu se dis-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 56.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 476. Pothier, *Des obligations*, n° 74.

penser de formuler la règle de l'article 1119. Mais parce qu'elle est évidente, inutile même, est-ce une raison pour qu'on l'efface du code, ou pour qu'on fasse dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit? La critique est allée jusque-là.

533. Pothier dit que la promesse du fait d'un tiers devient valable quand le promettant se porte fort; et on présume facilement, ajoute-t-il, que celui qui a promis qu'un tiers donnera ou fera quelque chose n'a pas entendu promettre simplement pour un autre, qu'il a entendu promettre aussi pour soi, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. Les auteurs modernes reproduisent cette doctrine, déjà très-douteuse, en lui donnant une extension qui annule littéralement l'article 1119; ils ne se contentent pas de *présumer facilement* que celui qui promet pour un tiers se porte fort, ils disent que cela doit se présumer toujours, en d'autres termes, que la promesse du fait d'un tiers implique que le promettant se porte fort. Il faut toujours, dit-on, entendre les conventions dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun (art. 1157). Or, si l'on interprète la promesse du fait d'un tiers en ce sens que le promettant ne s'oblige pas en se portant fort, la promesse sera nulle, elle ne produira aucun effet. Ne doit-on pas supposer que ceux qui contractent agissent sérieusement? que celui qui fait une promesse veut que sa promesse ait un effet quelconque? Il faut donc admettre qu'implicitement il se porte fort (1). Nous répondons qu'il n'y a pas lieu à interprétation, parce qu'il n'y a pas de contrat. L'article 1157 suppose qu'il existe une convention; une clause de cette convention est susceptible de deux sens; dans ce cas naturellement, on doit préférer le sens qui donne un effet à la clause. Tout autre est l'hypothèse de l'article 1119. Il n'y a pas de contrat, parce qu'il n'y a pas de débiteur; or, là où il n'y a pas de débi-

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 193, n° 210. Marcadé, t. IV, p. 366, n° I de l'article 1120.

teur, il n'y a pas de créancier, puisque le prétendu créancier n'a aucune action; donc il n'y a rien. C'est bien là ce que dit la loi.

On invoque la tradition. Dans nos provinces belgiques, on présumait que le promettant se portait fort pour le tiers en promettant son fait : seul moyen de donner un effet à la promesse; or, fait-on une promesse, sachant et voulant qu'elle n'ait aucun effet? Nous répondons que la tradition belge n'a rien de commun avec le code civil; le code procède de Pothier, et non de Vinnius et de Voet; or, Pothier se borne à dire qu'on présume facilement que celui qui promet le fait d'un tiers entend s'engager personnellement. Reste à savoir si les auteurs du code ont consacré cette opinion; or, ils ont bien emprunté la règle à Pothier, mais ils n'ont pas reproduit la présomption qui fait exception à la règle; l'article 1120 dit tout le contraire; loin de rien présumer, il veut que la clause de porte-fort soit stipulée par les parties. La doctrine du code est bien plus juridique que celle de Pothier. Présumer que l'on se porte fort, c'est présumer que l'on s'oblige : or, le législateur peut-il jamais présumer que l'on s'oblige? présumer un consentement? lier les parties alors qu'elles n'ont pas manifesté la volonté d'être liées? Cela serait exorbitant. Pour admettre une pareille anomalie, il faudrait un texte formel, et le texte est loin de dire ce qu'on lui fait dire; les auteurs avouent ingénument qu'en l'interprétant comme ils le font, ils réduisent à néant la règle de l'article 1119. La doctrine a-t-elle le droit d'interpréter une loi de façon à la réduire à néant (1)?

534. Le second principe établi par l'article 1119 est que l'on ne peut, en général, stipuler, en son propre nom, que pour soi-même. Pourquoi la stipulation pour un tiers est-elle nulle? Lorsque je stipule quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle, parce que le tiers ne peut acquérir aucun droit en vertu d'une convention

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 34, note 1. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 34, nº 29 *bis*. Marcadé, t. IV, p. 366, nº I de l'article 1120. Demolombe, t. XXIV, p. 197, nº 216. En sens contraire, Duranton, t. X, p. 207, nº 209. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 306, note 4, § 343 *bis*.

à laquelle il est étranger; on n'est créancier que par sa volonté, comme on n'est débiteur que par son consentement. De son côté, le stipulant n'acquiert aucun droit par la stipulation qu'il fait pour un tiers, car celui qui promet ne s'oblige pas envers le stipulant, celui-ci n'a aucune action en vertu de cette stipulation. Que demanderait-il? L'exécution de ce qu'il a stipulé pour un tiers? On lui répondrait qu'il n'y a aucun intérêt appréciable à prix d'argent; et on le mettrait au défi de formuler sa demande en précisant les dommages-intérêts qu'il réclame. Le débiteur prétendu pourrait donc manquer impunément à ce qu'il a promis; c'est dire qu'il n'y a pas de débiteur. Donc ni débiteur ni créancier, partant pas d'obligation (1).

535. Ce second principe a été critiqué aussi vivement que le premier. Pothier, après l'avoir expliqué comme nous venons de le faire, ajoute que cette règle n'a lieu que dans le for extérieur quant à l'obligation civile; dans le for de la conscience, la stipulation pour un tiers est valable. Il est vrai que l'intérêt qu'y a le stipulant n'est pas appréciable à prix d'argent; néanmoins c'est un véritable intérêt, d'après cette belle maxime : *Hominis interest alterum hominem beneficio affici*. Cet intérêt de pure humanité me donne un droit suffisant d'exiger de vous, dans le for de la conscience, l'accomplissement de la promesse que vous m'avez faite pour ce tiers. Je ne pourrai pas vous forcer à exécuter ce que vous avez promis, parce qu'un intérêt d'affection n'est pas un intérêt appréciable. C'est un obstacle à l'obligation civile, mais ce n'est pas un obstacle à l'obligation naturelle.

On s'est prévalu de cette doctrine de Pothier pour en induire que la règle qu'il a empruntée au droit romain n'est qu'une subtilité romaine; on lui reproche de ne s'être pas affranchi des chaînes de la tradition; s'il avait interprété la stipulation d'après l'intention des parties, dit-on, il l'aurait déclarée valable; il suffisait pour cela d'admettre que le stipulant a voulu faire les affaires du tiers pour lequel il stipule; cela lui donnait intérêt et partant droit

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 54.

d'agir. Les auteurs français abondent dans ces reproches; à leur avis, la stipulation pour un tiers n'était nulle en droit romain qu'à raison des formes rigoureuses de la stipulation qui se faisait par paroles sacramentelles : importer ces principes dans notre société et dans nos contrats, c'est consacrer un malheureux contre-sens (1). Pothier n'aimait pas ces subtilités; quand il en rencontre une, il en fait bon marché. Mais est-ce une subtilité romaine que de dire que sans intérêt il n'y a pas d'action? Peut-on supposer au stipulant l'intention d'acquérir un droit, alors qu'il ne la manifeste pas? On ne peut pas plus présumer une créance qu'une dette. Voilà des vérités éternelles que Pothier n'a pas puisées dans la stipulation romaine. Le législateur moderne, en les lui empruntant, n'a fait que consacrer un principe élémentaire de droit, qu'à la rigueur il pouvait se dispenser d'écrire dans le code. Mais de ce que la disposition est inutile, est-ce à dire qu'il faille l'effacer du code, en lui donnant un sens qu'elle n'a point? On l'a fait, comme nous le dirons plus loin.

536. Si nous nous arrêtons sur un point de pure théorie, c'est pour écarter d'avance les fausses interprétations que l'on donne à la loi. Libre aux auteurs de critiquer les règles de l'article 1119; ils peuvent les trouver inutiles, ils peuvent regretter que Pothier les ait reproduites, mais ils ne peuvent pas, parce que la loi leur déplaît, l'altérer ou l'effacer; mieux vaut, à notre avis, témoigner notre respect pour une loi, fût-elle inutile, que de la critiquer amèrement et de l'annuler par l'interprétation qu'on lui donne. D'abord l'interprète n'a pas le droit de faire dire à une loi le contraire de ce que le législateur a voulu dire; il n'a pas le droit d'abroger la loi en lui donnant une interprétation qui ne lui laisse aucun effet. Puis c'est ébranler le respect que tous, juges et particuliers, doivent à la loi, et sans ce respect, la société n'a plus de base.

537. En disant que l'on ne peut s'engager ni stipuler,

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 33, notes 1 et 2; Demolombe, t. XXIV, p. 187, nº 206, et les auteurs qu'il cite, Ortolan, Demangeat, Vernet, p. 191, nº 209.

en son propre nom que pour soi-même, l'article 1119 entend dire que nous pouvons promettre et stipuler pour un tiers au nom de celui-ci. Ainsi le tuteur promet et stipule pour son pupille. Ce n'est pas une exception au principe; en effet, le mineur est censé contracter lui-même par le ministère de son tuteur, la loi donnant au tuteur qualité et mission de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile (art. 450); de là suit que le fait du tuteur devient le fait du mineur dans tous les actes qui concernent l'administration de la tutelle. Ce qui est vrai du mandataire légal l'est aussi du mandataire contractuel : le mandant est censé contracter lui-même par le ministère du mandataire (1).

La jurisprudence applique ce principe aux obligations contractées par le père dans l'intérêt de l'enfant mineur. Toullier dit que les père et mère sont considérés comme mandataires légaux de leurs enfants. Cela est trop absolu; un mandat légal suppose une loi qui le confère, et où est le texte qui constitue les père et mère mandataires de leurs enfants? L'article 935 leur donne pouvoir d'accepter une donation faite à l'enfant mineur, et l'article 389 charge le père, durant le mariage, d'administrer les biens personnels de ses enfants mineurs (2). Comme administrateur légal, le père est mandataire, mais il ne l'est pas d'une manière absolue; la loi ne dit pas de lui ce qu'elle dit du tuteur, qu'il représente ses enfants dans tous les actes civils; c'est un mandat spécial qu'elle lui confère concernant les biens des enfants.

C'est en ce sens que les tribunaux valident l'engagement contracté par le père pour le remplacement du fils mineur au service militaire; quand le père est tuteur, ou administrateur légal, son droit de contracter au nom du mineur n'est guère contestable. Parfois les père et mère interviennent dans l'acte de remplacement. La mère n'a aucune qualité pour promettre ni pour stipuler au nom de son fils, le père seul est administrateur de ses biens. Si

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 74. Duranton, t. X, p. 209, n°s 210-212, p. 224, n° 223.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 93, n° 155, et la note de Duvergier.

l'enfant n'a pas de biens, le père n'est plus mandataire, on ne peut le considérer que comme gérant d'affaires (1).

538. Il ne faut pas de mandat pour traiter au nom d'un tiers. Suivant l'article 1375, le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés au nom de celui dont il gère les intérêts. La gestion d'affaires, que le code autorise, et les promesses et stipulations pour un tiers, qu'il défend, donnent lieu à une sérieuse difficulté que nous examinerons plus loin.

Pothier ajoute que si je contracte au nom d'une personne qui ne m'avait pas donné de procuration, cette personne doit ratifier pour qu'elle soit obligée : la ratification équivaudra au mandat; si elle ne ratifie pas, elle ne sera pas obligée. Il ne faut pas confondre ce cas avec la gestion d'affaires; quand il y a gestion d'affaires, le maître est obligé par cela seul que son affaire a été utilement gérée, il n'est pas nécessaire qu'il ratifie. Ici revient la difficulté que nous venons de signaler : est-ce que promettre et stipuler pour un tiers n'est pas gérer ses affaires? Nous répondons d'avance négativement; l'adage qui dit que la ratification équivaut au mandat le suppose; dire qu'il faut une ratification pour que le tiers soit obligé, c'est bien dire qu'il n'est pas obligé comme le maître l'est par une gestion d'affaires.

ARTICLE 2. De la promesse pour un tiers.

N° 1. QUAND CETTE PROMESSE DEVIENT OBLIGATOIRE.

539. La loi dit que l'on ne peut, *en général*, s'engager en son propre nom que pour soi-même. Cela suppose qu'il y a des exceptions. L'article 1120 consacre une de ces exceptions; il porte : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci. » A vrai dire, ce n'est pas une exception, car celui qui se porte fort promet son propre fait plutôt que celui du tiers. Si

(1) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 246, 2°.

je vous promets que Pierre vous donnera ou fera quelque chose pour vous, en me portant fort pour lui, vous n'aurez toujours pas d'action contre Pierre, puisqu'il ne s'est pas obligé à votre égard; mais si Pierre refuse de tenir l'engagement que j'ai pris en son nom, vous aurez une action contre moi. C'est ce que dit l'article 1120 : sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, si le tiers ne donne ou ne fait pas ce que j'avais promis en son nom. Se porter fort veut donc dire que l'on s'oblige à déterminer le tiers pour lequel on s'est porté fort à tenir l'engagement que l'on a pris en son nom; l'inaccomplissement de cette obligation aura cet effet que le porte-fort sera condamné à des dommages-intérêts. On voit maintenant pourquoi on peut promettre le fait d'un tiers en se portant fort pour lui, c'est que cette promesse contient un engagement personnel du porte-fort; or, la promesse du fait d'un tiers n'était nulle que parce que le promettant ne s'engageait à rien; dès qu'il s'oblige, la promesse est valable, d'après le droit commun (1). Lors donc que les parties veulent que la promesse du fait d'un tiers devienne obligatoire, elles doivent y ajouter la clause que le promettant se porte fort; aussi cette clause est-elle très-usuelle; nous y reviendrons plus loin.

540. La promesse du fait d'un tiers devient encore valable quand on y ajoute une clause pénale. En réalité, la clause pénale n'est autre chose que la clause de porte-fort. Qu'est-ce, en effet, que la peine? C'est, dit l'article 1229, la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre par l'inexécution de l'obligation principale. Celui qui promet le fait d'un tiers, en se soumettant à payer une peine pour le cas où le tiers ne tiendrait pas l'engagement, promet donc de l'indemniser du préjudice qu'il en souffre; or, c'est précisément là l'effet de l'obligation contractée par le porte-fort, comme le dit l'article 1120. Aussi Pothier dit-il que celui qui se soumet à une peine se fait fort du tiers, c'est-à-dire se porte fort pour lui (2). Cela répond à l'objection que l'on tire de l'ar-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 36, n° 31 *bis* I.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 56.

ticle 1227, aux termes duquel la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale. On répond d'ordinaire que la clause pénale a pour effet de valider l'engagement principal. Il est plus exact de dire que la peine implique une obligation principale, celle de se porter fort pour le tiers (n° 539).

541. Y a-t-il un autre cas dans lequel la promesse du fait d'un tiers devient valable? Elle est nulle parce que le promettant ne s'engage à rien; il faut donc dire qu'elle devient valable toutes les fois que la promesse implique un engagement personnel de la part du promettant. Il en serait ainsi lorsque la promesse du fait d'un tiers est une clause ou une condition d'un contrat que le promettant fait pour lui-même. En traitant avec vous, je promets que Paul garantira mon engagement comme caution, ou qu'il vous fournira un gage ou une hypothèque; l'intervention de Paul est la condition du prêt que vous me faites; je m'oblige donc personnellement à vous procurer la garantie que je vous ai promise et sous la foi de laquelle vous avez traité avec moi. Si donc Paul refuse d'intervenir, je serai tenu de vous indemniser en vous donnant d'autres sûretés (1). En réalité, c'est encore une manière de se porter fort. Il n'y a donc, en définitive, qu'un moyen de valider la promesse du fait d'un tiers, c'est que le promettant se porte fort pour lui, quelle que soit, du reste, la forme de cet engagement.

N° 2. DU PORTE-FORT.

542. Dans quels cas peut-on se porter fort pour un tiers? Le porte-fort s'engage à indemniser celui à qui il promet qu'un tiers donnera ou fera quelque chose. Une promesse de dommages-intérêts suppose une convention valable, en ce sens qu'elle eût été obligatoire si le tiers y était intervenu. On peut donc se porter fort pour l'accomplissement de toute espèce de faits, pourvu qu'ils puissent

(1) Duranton, t. X, p. 212, n° 215.

faire l'objet d'une convention. Le cas le plus fréquent dans lequel les promettants se portent fort sont ceux où le tiers pour lequel ils se portent fort est incapable de s'obliger. Les mineurs sont copropriétaires par indivis d'un fonds que les majeurs propriétaires veulent vendre; ceux-ci, au lieu de recourir aux formalités légales, préfèrent, pour une raison quelconque, vendre le fonds en leur nom, en se portant fort pour les mineurs. Si l'acheteur veut se contenter de cette promesse, la vente sera valable, bien entendu entre les parties contractantes; les mineurs qui n'y interviennent pas ne sont pas liés. Ceci répond à l'objection que l'on fait contre ces conventions; elles enlèvent au mineur, dit-on, les garanties que la loi a voulu lui assurer en prescrivant des formalités destinées à sauvegarder leurs intérêts. En droit, la réponse est facile et péremptoire. La convention ne lie pas le mineur, le porte-fort s'oblige personnellement, il n'oblige certes pas le tiers dont il a promis le fait (1).

Le principe que les promettants peuvent se porter fort dans toute convention s'applique-t-il aux conventions matrimoniales? Nous renvoyons la question au titre qui est le siége de la matière.

543. L'obligation du porte-fort est régie par le droit commun, puisque la loi n'établit pas de règle spéciale. C'est par application de ce principe que nous avons décidé qu'elle ne se présume pas et qu'il ne suffit pas que l'on promette le fait d'un tiers pour que, par cela seul, on soit censé se porter fort (nº 533). Il n'y a pas de promesse de porte-fort sans volonté manifestée de s'obliger personnellement. Du reste, cette volonté peut s'exprimer dans n'importe quelle forme, puisque notre droit ne connaît pas de formes sacramentelles. Nous venons de dire que l'on se porte fort en promettant une peine, ou en faisant une promesse qui est la condition d'un engagement que l'on contracte pour soi. De même il a été jugé que la garantie promise par le vendeur de la chose d'autrui contient

(1) Duranton, t. X, p. 215, nº 218. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 36, nº 31 *bis* II.

la promesse du vendeur de se porter fort que personne ne troublera l'acquéreur (1).

A quoi s'oblige le porte-fort? Il ne faut pas confondre le porte-fort avec la caution. « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Telle est la définition que l'article 2011 donne du cautionnement. L'article 1120 ne s'exprime pas ainsi : celui qui se porte fort ou qui a promis de faire ratifier doit une indemnité si le tiers refuse de tenir cet engagement. Ainsi le porte-fort s'oblige à faire ratifier; il contracte donc une obligation principale qui consiste à faire, non pas à donner ou à faire ce que le tiers doit donner ou faire; le promettant s'oblige seulement à procurer la ratification du tiers; s'il ne remplit pas cette obligation, il est tenu des dommages-intérêts. C'est le droit commun : toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142). Et il y a inexécution dès que le fait n'est point presté. Donc si le porte-fort ne procure pas la ratification qu'il a promise, il est tenu d'indemniser le tiers; vainement dirait-il qu'il a fait tout ce qui dépendait de lui pour obtenir la ratification; dans les obligations de faire, on ne se contente pas de la bonne volonté du débiteur, c'est la prestation du fait qui est l'objet de la convention; dès que le fait n'est pas presté, il y a lieu à dommages-intérêts.

Mais là s'arrête l'obligation du porte-fort; il ne s'est pas engagé à prester ce qu'il a promis au nom du tiers; ce serait là une autre obligation, plus étendue et d'une nature différente, l'obligation du garant ou de la caution; or, le porte-fort ne garantit pas une obligation principale, il n'est pas caution du tiers, par l'excellente raison qu'il n'y a pas encore d'obligation principale; le tiers n'est pas débiteur, il ne le deviendra que s'il ratifie; s'il ne ratifie pas, il n'y a jamais eu de dette, ce qui n'empêchera pas le porte-fort d'être obligé. Pour mieux dire, il n'est obligé que si le tiers refuse sa ratification. Du moment

(1) Riom, 22 juin 1836 (Dalloz, au mot *Vente*, nº 1873).

que le tiers ratifie, le porte-fort a rempli son obligation, car tout ce qu'il a promis, c'est de procurer cette ratification ; il ne répond plus de l'exécution de la promesse ratifiée par le tiers. Par la même raison, il ne peut pas être tenu, si le tiers ne ratifie point, à exécuter une obligation qui n'existe pas par suite du refus du tiers. Si la ratification promise n'est pas prestée, tout ce que doit le porte-fort, c'est d'indemniser celui à qui il a promis le fait du tiers du préjudice qu'il éprouve par ce défaut de ratification.

C'est l'opinion commune; la question est cependant controversée. Championnière prétend que le porte-fort s'oblige à prester l'obligation même que le tiers devait remplir (1). Il avoue qu'il y a des cas où cela est impossible, disons mieux, absurde. Je vous promets, en me portant fort, que Gallait fera votre portrait. Si Gallait refuse, est-ce à dire que moi je devrai faire le portrait? La question est presque ridicule. Mais si l'obligation consiste à donner, le porte-fort, dit-on, est obligé de donner lui-même si le tiers refuse. Championnière invoque l'autorité de Vinnius ; il y a une autorité plus grande, c'est celle du code civil ; or, que dit le code? que le porte-fort doit une *indemnité* si le tiers refuse de tenir l'engagement. Donc le porte-fort ne doit pas la chose même qui fait l'objet de l'obligation que le tiers ne veut pas ratifier. Une indemnité, dit-on, suppose une obligation principale qui n'est pas exécutée. Sans doute, puisque ce sont des dommages-intérêts. Mais quelle est cette obligation principale? Est-ce celle que le porte-fort avait promis de faire ratifier? Du tout, car le porte-fort n'a pas promis d'exécuter cette obligation si le tiers refusait de la ratifier, il a promis de procurer la ratification : l'article 1120 le dit. La jurisprudence est en ce sens (2).

544. Les parties peuvent déroger à ces principes et

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 306 et suiv., et notes 8 et 9, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Championnière et Rigaud, t. I, p. 177, nos 207 et 208.

(2) Cassation, 1er mai 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 255, 2o). Toulouse, 14 janvier 1845 (Dalloz, no 256). Grenoble, 18 août 1854 (Dalloz, 1855, 2, 78).

étendre les obligations du porte-fort, en ce sens qu'il garantit l'exécution du contrat. Dans ce cas, le porte-fort est tenu de toutes les obligations qui dérivent de la nature du contrat qu'il a promis de faire consentir au tiers. Si donc le tiers ratifie, et s'il s'agit d'une obligation de donner, celui qui se porte fort qu'un tiers donnera telle chose, se porte fort par cela même que le tiers transférera la propriété de la chose, de sorte que le porte-fort sera garant de l'éviction. Si telle est l'intention des parties contractantes, tout est dit, leur volonté tient lieu de loi. Mais il importe de remarquer que ce n'est plus là l'obligation du porte-fort, c'est l'obligation d'un garant ou d'une caution. De même les parties peuvent convenir que si le tiers ne ratifie pas l'obligation de donner, le promettant l'exécutera. Ce n'est pas là non plus l'obligation du porte-fort; celle-ci se borne à procurer la ratification. Le juge décidera d'après les termes de la convention s'il y a une simple obligation de porte-fort, ou s'il y a une obligation de garantie ou de cautionnement (1).

545. La doctrine et la jurisprudence admettent que celui qui se porte fort pour un tiers forme le contrat pour lui-même, à moins que, par la nature des obligations, le promettant ne puisse pas remplir l'obligation, comme lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire. De là on conclut que le porte-fort est autorisé à se substituer au tiers tant que celui-ci n'a point ratifié la promesse. Que telle puisse être l'intention des parties contractantes, cela est certain, mais il est tout aussi certain, à notre avis, que ce droit ne résulte pas de la promesse du fait d'un tiers avec clause de porte-fort. Celui qui promet le fait d'un tiers entend-il acquérir un droit? Il contracte un engagement qui consiste à faire ratifier sa promesse par le tiers. Or, promettre de faire ratifier est une obligation de faire qui n'a rien de commun avec le contrat qu'il s'agit de faire ratifier par le tiers. Cela répond à l'argument que l'on déduit de la nature du contrat; c'est un contrat synallagmatique, on le suppose; or, dans un contrat pareil, le

(1) Comparez Duranton, t. X, p. 214, n° 217.

débiteur est en même temps créancier; donc le contrat que l'on offre au tiers implique un droit en sa faveur; si le promettant est tenu de l'obligation qui en découle, n'est-il pas naturel d'admettre qu'il entend aussi jouir du droit qu'il donne? Nous répondons que le porte-fort n'entend ni être obligé par le contrat, ni en profiter. Le contrat qu'il offre au tiers est pour lui chose étrangère, il n'y est intéressé que par la promesse qu'il fait d'en procurer la ratification. Est-ce une vente? il n'entend pas être acheteur, ni vendeur, il promet de faire ratifier la vente par le tiers. Voilà tout. Supposer d'autres intentions au porte-fort, c'est transformer complétement la promesse du fait d'un tiers, car cette promesse devient une stipulation que le promettant fait pour lui; or, il n'a pas stipulé, il a promis; il n'est pas créancier, il est débiteur.

Nous avons considéré la promesse au point de vue du promettant. On arrive à la même conclusion si l'on tient compte de la volonté de celui à qui il a promis le fait du tiers. Le stipulant a-t-il entendu traiter avec le promettant? Non, certes, puisque le promettant ne s'est pas engagé à vendre ni à acheter; il a seulement promis que le tiers vendrait ou achèterait; donc le stipulant a voulu traiter avec le tiers; comment un contrat pourrait-il se former entre lui et le promettant, alors que les deux parties entendaient que le contrat serait formé avec le tiers? Cela est inadmissible. Sauf manifestation de volonté contraire, l'on ne peut pas induire de la promesse du fait d'un tiers une convention tout autre que celle que cette promesse implique (1).

546. Il arrive bien souvent que ceux qui se portent fort sont eux-mêmes parties dans un contrat synallagmatique, où le tiers pour lequel ils se portent fort aurait dû intervenir et où il n'intervient pas, soit pour cause d'absence, soit pour cause d'incapacité. Tel est le cas si fré-

(1) Demolombe se prononce en faveur de notre opinion avec quelque hésitation (t. XXIV, p. 206, n° 226). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 307, et notes 10 et 11 du § 343 *ter*, et les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter un arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique, du 10 mars 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 309).

quent de copropriétaires, les uns majeurs, les autres mineurs. Les premiers vendent l'immeuble indivis en se portant fort pour les mineurs. Peuvent-ils demander l'exécution du contrat? l'acheteur doit-il payer? et s'il ne paye pas, les vendeurs peuvent-ils demander la résolution de la vente? Ces questions ont été résolues affirmativement par la cour de cassation, et nous n'y voyons aucun doute. Dans l'espèce, les promettants sont parties principales, disons mieux, parties uniques au contrat, les mineurs n'y figurent point; la clause de porte-fort prouve qu'ils y restent étrangers; on ne peut donc pas objecter aux promettants qu'ils s'approprient les bénéfices d'un contrat qui n'a pas été fait pour eux. La vente a, au contraire, été faite exclusivement par eux : pourquoi n'en pourraient-ils pas poursuivre l'exécution? L'acheteur objectait, devant la cour de cassation, que les vendeurs avaient vendu la chose d'autrui, au moins pour la part des mineurs, qu'il était donc exposé à être évincé; il concluait que le danger d'éviction dont il était menacé lui permettait de suspendre le payement. Tel est, en effet, le droit commun : aux termes de l'article 1653, l'acheteur qui a juste sujet de craindre d'être troublé par une action en revendication peut suspendre le payement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble. La cour de cassation répond que l'acheteur ne peut pas se prévaloir du droit des mineurs, parce que ce droit leur est personnel et que d'ailleurs les mineurs sont en dehors du procès. Il nous semble que c'est mal répondre à l'objection. Dans le cas prévu par l'article 1653, le propriétaire dont l'acheteur a juste sujet de craindre la revendication est aussi hors du procès, ce qui n'empêche pas l'acheteur d'invoquer son droit; il peut toujours se prévaloir de ce que le vendeur n'est pas propriétaire; or, dans l'espèce, les vendeurs n'étaient certes pas propriétaires de la part qui appartenait aux mineurs dans l'immeuble vendu. L'article 1653 et la clause de porte-fort fournissaient une autre réponse qui est péremptoire. D'après l'article 1653, l'acheteur ne peut pas suspendre le payement du prix lorsqu'il a été stipulé qu'il payerait nonobstant le trouble. Or, la

clause de porte-fort implique que l'acheteur s'oblige à payer, car il connaît le danger du trouble au moment où il achète, et il s'oblige néanmoins à payer; la garantie du porte-fort écarte le danger qui le menace, en ce sens que si le mineur ne ratifie pas et revendique, l'acheteur aura son recours contre le vendeur; ce recours, dans l'espèce, était même assuré par une hypothèque (1).

N° 3. DE LA RATIFICATION DU TIERS.

547. La promesse du fait d'un tiers est nulle parce que le promettant n'entend pas s'engager et que le tiers ne peut pas être obligé sans son consentement. Ce motif de nullité tombe quand le tiers ratifie la promesse faite en son nom; en la ratifiant il s'oblige, ce qui suffit pour valider la promesse. Il n'est pas nécessaire que le promettant se soit porté fort pour le tiers qui ratifie. On a prétendu, devant la cour de cassation, que la ratification était inopérante quand le promettant ne se porte pas fort. L'objection est plus qu'insignifiante, elle n'a pas de sens. La clause de porte-fort est étrangère au tiers, elle ne lui profite ni ne lui nuit. Si le promettant se porte fort, c'est pour le cas où le tiers ne ratifierait pas et, dans cette hypothèse, le promettant est personnellement tenu. Si le tiers ratifie, la clause de porte-fort ne produit aucun effet, elle est donc étrangère au tiers; qu'il y ait une clause pareille ou qu'il n'y en ait pas, le tiers est libre de ratifier ce qui a été promis en son nom. Il va sans dire que la cour a jugé en ce sens (2).

548. Comment la ratification doit-elle se faire? La loi garde le silence sur la ratification du tiers, car cette approbation que le tiers donne n'a rien de commun avec la ratification dont il est traité dans l'article 1338, laquelle est plutôt une confirmation et a pour objet d'effacer le vice qui rendait l'obligation nulle. La ratification qu'un tiers donne de la promesse faite en son nom est une simple déclaration de volonté, la manifestation de son consente-

(1) Rejet, 25 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 279).
(2) Rejet, 9 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 5, 514).

ment, qui reste dans les termes du droit commun. Elle n'est assujettie à aucune forme, à moins que la promesse n'ait été faite dans un contrat solennel; dans ce cas, le consentement du tiers doit être donné dans la même forme. Pour que la ratification puisse se faire, il faut naturellement que le consentement du stipulant subsiste. Un contrat doit se former, l'une des parties, celle à laquelle la promesse est faite, consent, mais elle n'est pas obligée par ce consentement; tant que le tiers n'a pas ratifié, elle peut donc le rétracter, et si elle rétracte, il ne peut plus y avoir de ratification. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'arrêt que nous venons de citer, et cela ne fait aucun doute.

Faut-il aussi, après que le tiers a ratifié, que sa ratification soit acceptée par celui au profit duquel la promesse a été faite? On l'a prétendu, et cela a même été jugé ainsi. La cour de cassation dit très-bien que celui qui doit profiter de la promesse l'a acceptée d'avance en recevant la promesse; il manquait, pour la valider, le consentement du tiers; dès que celui-ci ratifie, le contrat se forme, en supposant, bien entendu, que l'autre partie contractante n'ait pas retiré son consentement; elle maintient son consentement par cela seul qu'elle ne le rétracte pas (1).

549. Quel est l'effet de la ratification? Elle forme le contrat qui, dès lors, devient irrévocable. Jusque-là celui à qui la promesse est faite peut retirer son consentement; et si le promettant s'est porté fort, il peut aussi se dégager de l'obligation qu'il a contractée d'indemniser l'autre partie; mais cette rétractation ne peut se faire qu'avec le concours de volonté de celui à qui la promesse a été faite, car le promettant s'est obligé à son égard pour le cas où le tiers ne ratifierait point, et il ne peut pas s'affranchir de son obligation par sa seule volonté. Tandis que celui qui doit profiter de la promesse peut y renoncer par sa seule volonté, il n'est tenu à rien avant qu'il y ait ratification.

(1) Cassation, 27 août 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 53).

550. La ratification est un consentement donné par le tiers, mais ce consentement a quelque chose de spécial : le tiers ne fait qu'approuver ce que le promettant a fait en son nom. En ce sens on dit que c'est un mandat donné après coup. Il est donc de principe que la ratification équivaut au mandat. De là suit qu'elle rétroagit au jour de la promesse, parce que le mandat est censé avoir été donné dès ce jour. Entre les parties, cela ne fait aucun doute; en approuvant ce que vous avez promis en mon nom, j'approuve rétroactivement ce que vous avez fait. Il n'en est pas de même à l'égard des tiers. La convention n'est formée à leur égard que du jour de la ratification, puisque c'est seulement de ce jour qu'ils ont connaissance de la convention; encore faut-il, pour qu'elle puisse leur être opposée, qu'elle ait reçu date certaine; et s'il s'agit d'une convention qui est soumise à la publicité, elle devra être transcrite et, par suite, elle n'existera à l'égard des tiers que du jour de la transcription. C'est le droit commun, et les contrats qui se forment par voie de promesse suivie de ratification sont régis par le droit commun, puisque le code n'y déroge pas (1).

ARTICLE 3. De la stipulation pour un tiers.

N° 1. QUAND EST-ELLE VALABLE?

551. Après avoir dit que l'on ne peut stipuler, en son propre nom, que pour soi-même, l'article 1121 ajoute : « On peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. » En comparant l'article 1121 à l'article 1120, on voit que la loi fait une différence entre la promesse du fait d'un tiers et la stipulation pour un tiers. La promesse du fait d'un tiers devient valable quand le promettant se porte fort pour le tiers; tandis que la loi ne dit point que la stipulation devient valable lorsque le stipulant se porte fort que le tiers

(1) Larombière, t. I, p. 109, n° 7 de l'article 1120 (Ed. B., p. 53). Aubry et Rau, t. IV, p. 308, § 343 *ter*.

acceptera la stipulation. La raison de cette différence est très-simple. Si la clause de porte-fort valide la promesse du fait d'un tiers, c'est que le promettant s'oblige personnellement en se portant fort; or, la promesse n'était nulle que parce que le promettant ne contractait aucune obligation; du moment qu'il s'oblige, la promesse est valable, d'après le droit commun. Il n'en est pas ainsi de la stipulation pour un tiers : elle est nulle à l'égard du stipulant, parce qu'il n'a aucun intérêt appréciable à ce que la stipulation soit exécutée; or, vainement il se porterait fort que le tiers acceptera, il n'aurait toujours pas d'intérêt pour exiger l'accomplissement de la stipulation; elle reste donc nulle à son égard faute d'intérêt. Alors même que le tiers accepterait, la stipulation resterait nulle; le stipulant, nous venons de le dire, n'aurait aucune action, et le tiers n'en aurait aucune contre celui qui est intervenu dans la stipulation pour promettre, car il n'a rien promis au tiers, il ne s'est pas engagé envers lui, il ne peut donc pas se former d'obligation entre lui et le tiers (1). On objecte que celui qui stipule pour un tiers, en se portant fort pour lui, fait les affaires du tiers, il est donc gérant d'affaires; or, le gérant peut stipuler pour le maître, comme le mandataire peut stipuler pour le mandant. L'objection est sérieuse; nous la rencontrerons encore et nous y répondrons quand nous traiterons des rapports qui existent entre la gestion d'affaires et la stipulation pour un tiers.

552. L'article 1121 prévoit deux cas dans lesquels la stipulation pour un tiers devient valable. Quand je stipule pour moi-même, je puis ajouter comme condition une stipulation au profit d'un tiers. Par condition la loi entend une charge qui doit être remplie en faveur du tiers. Je vous vends mon fonds, à charge par vous d'accorder une servitude de passage par ce fonds à Pierre, notre voisin. La stipulation pour Pierre est une des clauses du contrat de vente que je fais pour moi, dans mon intérêt; elle fait partie du prix de vente; si je n'avais pas stipulé cette

(1) Duranton, t. X, p. 234, nº 237.

charge, j'aurais exigé un prix plus élevé. Cela explique l'exception de l'article 1121, qui réellement n'en est pas une. Pourquoi la stipulation pour un tiers est-elle nulle? Parce que le stipulant n'a aucun intérêt appréciable à ce qu'elle soit remplie; donc il n'a pas d'action, et une stipulation dépourvue d'action n'est pas obligatoire, elle est nulle. Mais si je stipule pour un tiers une servitude comme condition de la vente que je fais pour moi-même, j'ai intérêt à demander que la condition soit accomplie, puisque c'est une clause de l'acte de vente; la charge fait partie du prix que j'ai certes le droit de réclamer. Il est vrai que cette charge est stipulée pour un tiers, et l'on pourrait dire que je n'ai aucun intérêt pécuniaire à ce que Pierre ait une servitude. On répond que le vendeur a une action contre l'acheteur en payement du prix, donc en exécution de la charge qui fait partie du prix : et si l'acheteur s'y refuse, le vendeur peut agir en résolution. La stipulation a donc une sanction, dès lors elle est obligatoire. Il y a encore une autre réponse à faire à l'objection. Quelle est la cause ou le motif juridique de la stipulation que je fais au profit de Pierre? Elle peut en avoir deux, également valables. Je puis être obligé de fournir un passage à Pierre; dans ce cas, en stipulant pour lui je ne fais que remplir mon obligation, ce qui est une cause valable de la stipulation. Si je ne suis pas obligé de constituer une servitude à Pierre, la charge que je stipule pour lui sera une libéralité; or, la libéralité a en elle-même sa juste cause, la volonté de conférer un bienfait, de rendre un service. Reste à savoir pourquoi la loi dispense cette libéralité des formes solennelles qu'elle prescrit pour la validité de la donation. C'est que la libéralité n'est que l'accessoire d'un contrat principal, la vente, qui est un contrat non solennel; or, les conditions requises pour la validité de la vente dépendent de la nature de ce contrat, et non des clauses accessoires qui s'y trouvent.

Le second cas dans lequel la stipulation pour un tiers devient valable, c'est lorsque la stipulation est la condition d'une donation que l'on fait à un autre. Dans ce cas

encore, il n'y a pas, à proprement parler, d'exception à la règle de l'article 1119. On peut appliquer, à la lettre, ce que nous venons de dire du premier cas. Il est vrai que je ne *stipule* pas pour moi en donnant, puisque le donateur n'acquiert pas de droit par la donation, mais je n'en contracte pas moins; et en contractant je puis ajouter une charge que le donataire devra remplir; alors je deviens créancier, en ce sens que si le donataire n'accomplit pas la condition, je puis demander la révocation de la donation pour inexécution de la charge. Cette action rend la charge obligatoire. La charge peut, du reste, être elle-même une donation, par exemple, si je vous fais donation de ma ferme à charge par vous de servir une rente viagère de mille francs à ma nièce; cette libéralité accessoire a une cause valable, aussi bien que la libéralité principale, la volonté de donner. Si la stipulation que j'ajoute à une donation a pour objet de m'acquitter d'une obligation envers le tiers, alors j'ai un intérêt pécuniaire à son accomplissement (1).

553. On voit que, dans toutes les hypothèses, la raison qui rendait nulle la stipulation pour un tiers disparaît lorsque la stipulation est la clause accessoire d'un contrat onéreux ou gratuit que je fais pour moi-même : quand je contracte pour moi, on ne peut plus dire que je stipule sans intérêt, mon intérêt consiste à demander l'exécution d'un contrat que je fais pour moi. Il faut donc dire que les deux cas prévus par l'article 1121 ne sont pas des exceptions; ils sont plutôt l'application du droit commun, en vertu duquel toute stipulation est valable quand le stipulant a intérêt et, par conséquent, droit d'en poursuivre l'exécution. Il suit de là que l'article 1121 n'a rien de restrictif; on peut et on doit l'appliquer par analogie à tous les cas où le stipulant est intéressé à ce que la stipulation soit exécutée, alors même que lors de la stipulation il ne ferait aucun contrat pour lui-même. Pothier en donne un exemple. Ce n'est pas stipuler pour un autre, dit-il, mais pour moi, quoique je stipule qu'on fera quel-

(1) Duranton, t. X, p. 227, nos 229 et 232; Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 40, no 33 *bis* I.

que chose pour un tiers, si j'ai un intérêt personnel et appréciable à prix d'argent à ce que cela se fasse, par exemple si je suis moi-même obligé envers ce tiers à le faire. M'étant obligé envers Paul à lui reconstruire, dans un délai fixé, sa maison qui menace ruine et ayant d'autres ouvrages à faire, je stipule d'un maçon qu'il reconstruira la maison de Paul. Je stipule, en ce cas, plutôt pour moi que pour Paul, et la convention est valable; car, étant obligé envers Paul à cette reconstruction et tenu à des dommages-intérêts si je ne le fais pas, j'ai un intérêt personnel et appréciable à ce que la maison soit reconstruite. Ce n'est qu'en apparence que je stipule pour Paul; en réalité, je stipule pour moi et à mon profit (1).

Il n'est pas nécessaire que je prouve mon intérêt en établissant que je suis obligé à faire ce que je stipule d'un tiers : il suffit que la stipulation contienne une clause pénale; cette clause est l'évaluation des dommages et intérêts que le créancier souffre par l'inexécution de l'obligation principale. Si donc je stipule pour un tiers et que nous convenions d'une peine que doit payer l'autre partie si elle n'exécute pas la stipulation, je prouve par là que j'ai un intérêt pécuniaire à ce que la chose soit donnée ou faite; la peine évalue mon intérêt, donc j'ai action contre celui qui m'a promis de donner ou de faire, et s'il ne remplit pas son engagement, il sera tenu de payer la peine (art. 1229). On objecte que la stipulation pour le tiers étant nulle, la peine stipulée pour garantir l'exécution de la stipulation est également nulle, puisqu'il est de principe que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale. La réponse est simple et décisive. Pourquoi la stipulation pour un tiers est-elle nulle? Parce que le stipulant n'a aucun intérêt appréciable à ce qu'elle soit accomplie. Or, la clause pénale évalue cet intérêt, dès lors la stipulation est valable; si le débiteur refuse de l'exécuter, il encourra la peine (2).

554. L'article 1121 reçoit de fréquentes applications;

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 58. Demante, t. V, p. 40, n° 33 *bis* II.
(2) Duranton, t. X, p. 223, n° 217. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 479 et suiv.

nous emprunterons quelques exemples à la jurisprudence. On dit que la règle établie par l'article 1119 est inutile, parce que personne ne s'amuse à faire des stipulations dépourvues de tout effet. Voici cependant un cas qui s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Par acte passé devant le préfet du département de l'Escaut, un milicien s'oblige à remplacer un conscrit sous les conditions suivantes : le remplacé donnera au remplaçant, lors de son départ, la somme de 360 livres tournois ; et, en cas de décès du remplaçant, le remplacé s'oblige à payer à un tiers une somme de 2,100 livres, dont en attendant il payera l'intérêt légal au remplaçant. Celui-ci décède. Son héritier réclame les 2,100 francs, prix du remplacement. Le tiers au profit duquel ladite somme avait été stipulée intervient et demande le payement de la somme stipulée en sa faveur. On lui répond que la stipulation au profit d'un tiers est nulle et qu'il ne justifie point qu'elle ait été validée par une cause quelconque. Le tiers prétend que c'est une donation que le stipulant lui a faite. La cour répond que la convention ne contient aucune donation, que le remplaçant est resté jusqu'à sa mort saisi de sa créance, qu'il aurait sans doute pu en disposer, mais qu'il ne l'a pas fait (1).

Voici une espèce où la stipulation pour un tiers a été jugée valable par application de l'article 1121. Un prétendu mandataire vend un petit domaine appartenant à son mandant; il abusait d'un blanc seing pour forger un mandat qui n'avait jamais existé. L'héritier du prétendu mandant actionne le mandataire en reddition de compte, puis il transige avec lui. Il est dit dans la transaction que les fermages du domaine vendu, jusque-là délégués à diverses personnes, appartiendraient à l'acquéreur à partir du jour fixé par l'acte; de plus, l'héritier promettait de ne jamais rechercher le mandataire quant aux objets compris dans la transaction, pour quelque cause que ce fût. Plus tard, l'héritier revendique le domaine contre l'acquéreur. Celui-ci oppose la ratification de la vente ré-

(1) Bruxelles, 4 octobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 458).

sultant de la transaction. On lui objecte qu'il n'a pas été partie à la transaction, et que partant il ne peut l'invoquer. La cour de Nîmes donna gain de cause à l'acheteur. Il est certain que la transaction consentie par l'héritier du vendeur était une confirmation de la vente; la seule difficulté était de savoir si l'acheteur pouvait se prévaloir de cet acte, bien qu'il n'y eût pas été partie. L'article 1121 décidait la question : on peut stipuler valablement au profit d'un tiers, dit la cour, lorsqu'on a soi-même intérêt à la convention; or, le mandataire qui avait vendu sans mandat, et qui était garant envers l'acheteur, avait évidemment intérêt à la transaction qui validait la vente. Cette décision fut confirmée par un arrêt de rejet (1).

La même décision est intervenue dans l'espèce suivante. Un emprunt contracté envers une caisse hypothécaire stipule que l'inscription d'un autre créancier primera celle que la caisse était autorisée à prendre, et il était dit que cette préférence aurait lieu en faveur du créancier alors même qu'il ne renouvellerait pas son inscription. C'était une stipulation pour un tiers, le créancier au profit duquel elle se faisait n'étant pas intervenu à l'acte. La cour de Montpellier jugea que la stipulation était valable; elle formait, en effet, la condition de l'engagement pris par le stipulant dans son intérêt, et le créancier avait accepté cette stipulation. On objectait que le stipulant n'y avait aucun intérêt. L'article 1121 répond à l'objection; il n'exige pas que le stipulant établisse qu'il est intéressé à faire la stipulation au profit du tiers; il y a toujours un intérêt quelconque, mais cet intérêt résulte suffisamment de la clause même qui fait de la stipulation une condition du contrat que le stipulant consent pour lui-même. Dans l'espèce, l'intérêt était évident : le stipulant avait un droit de retour sur la créance en faveur de laquelle il stipulait la priorité hypothécaire (2).

555. Il reste une difficulté qui divise les auteurs et la jurisprudence. Le principe que l'on ne peut stipuler pour

(1) Rejet, 21 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 26).
(2) Cassation, 1er juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 222).

un tiers suppose que le stipulant parle en son propre nom ; l'article 1121 le dit. Pothier en conclut que le mandataire stipule valablement pour le mandant et le gérant d'affaires pour le maître (nos 537-538). Quant au mandat, il n'y a pas de doute. Lorsque le mandataire stipule, c'est le mandant qui est censé stipuler par son intermédiaire ; il n'y a pas là de stipulation pour un tiers. Il en est de même lorsque dans le cours d'une gestion d'affaires le gérant stipule au nom du maître ; en effet, le gérant est assimilé au mandataire, il représente le maître, celui-ci doit remplir les engagements que le gérant a pris en son nom ; ce que l'article 1375 dit des engagements doit s'appliquer aux stipulations ; si le maître est tenu des promesses, il doit aussi profiter des stipulations faites en son nom. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Je gère les affaires de Paul ; j'exploite un domaine, des réparations sont nécessaires ; je stipule, au nom de Paul, que Pierre fera ces réparations : cette stipulation est valable. Elle le serait même, de l'avis de tous les auteurs, si je stipulais en mon nom, en ce sens que le maître devrait m'indemniser de la dépense qui en est la suite ; mais si j'avais contracté personnellement, le maître n'aurait aucune action directe contre Pierre, et celui-ci n'en aurait pas contre le maître. Les auteurs paraissent aller plus loin et admettre la validité de la stipulation que le gérant fait en son nom, à raison de l'intérêt qu'il a à ce que l'affaire soit bien gérée (1). Cela nous semble douteux ; l'article 1121 n'est pas applicable, et l'article 1375 ne parle que des engagements et de l'obligation qui incombe au maître d'indemniser le gérant.

556. La question devient plus douteuse quand la stipulation pour un tiers est un fait isolé ; d'après l'article 1121, elle serait nulle : peut-on la valider en la considérant comme gestion d'affaires? C'était l'avis de Pothier. Je fais marché avec Pierre qu'il reconstruira la maison de Paul ; je n'ai aucun intérêt personnel à cette reconstruction ; néanmoins la stipulation que je fais est vala-

(1) Demante, t. V, p. 41, n° 33 *bis* II. Demolombe, t. XXIV, p. 212, n° 37.

ble. Voici comment Pothier justifie cette décision : « Dans le temps même de la convention que je fais avec le maçon pour la construction de la maison, je commence à avoir intérêt à cette reconstruction, dont je suis comptable envers Paul. D'où il suit que je suis censé stipuler pour moi plutôt que pour Paul et que la convention est valable, puisque j'ai un intérêt personnel que le maçon fasse bien ce que j'ai stipulé qu'il fît. » Cette opinion de Pothier doit-elle encore être suivie sous l'empire du code? n'est-elle pas en opposition avec l'article 1121? Duranton objecte que, dans ce système, la stipulation faite au profit d'un tiers serait toujours valable, puisque en la faisant on gérerait les affaires du tiers, qu'on deviendrait comptable envers lui et qu'ainsi on aurait l'intérêt dont parle Pothier; ce qui aboutit à rendre illusoire le principe que l'on peut stipuler pour un tiers. N'est-ce pas effacer l'article 1129 du code (1)?

Pothier ne va pas jusque-là. Il suppose que je stipule en mon nom quelque chose pour un tiers sans que j'aie, au temps de la convention, aucun intérêt personnel à ce que cela se fasse; cette convention, dit-il, ne serait pas valable, car ce serait vraiment stipuler pour un tiers. Voici l'exemple qu'il donne. Par un pur intérêt d'affection pour Paul, je conviens avec Pierre, qui demeure en face de mon ami, qu'il blanchira le devant de sa maison pour éclairer les chambres de Paul. Cette convention ne donnera aucun droit ni à Paul qui n'y était pas partie, ni à moi qui, n'ayant aucun intérêt appréciable à son exécution, ne pourrais prétendre aucuns dommages-intérêts si elle n'est pas exécutée (2).

Ainsi Pothier distingue : il n'admet pas que toute stipulation pour un tiers vaille à titre de gestion d'affaires, et il ne valide la stipulation que si elle constitue réellement un quasi-contrat entre lui et le maître. Reste à savoir comment on peut distinguer si, en stipulant pour un tiers, je gère ses affaires ou si je ne les gère pas. Pothier ne répond pas à la question.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 59. Duranton, t. X, p. 228, n° 230.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 60.

Il y a des auteurs modernes qui sont allés plus loin que Pothier ; ils disent que toute stipulation au profit d'un tiers est une gestion d'affaires et valable à ce titre. Dans leur opinion, et ils l'avouent, il ne reste rien de l'article 1119; on valide la promesse du fait d'un tiers en présumant que celui qui l'a faite s'est porté fort pour le tiers; on valide la stipulation pour un tiers en la considérant comme une gestion d'affaires. L'article 1119 est effacé comme un hors-d'œuvre, une disposition sans intérêt pratique que les auteurs du code ont eu tort d'emprunter à Pothier, lequel a eu tort de suivre en ce point la tradition romaine (1).

557. Nous croyons que cette interprétation est inadmissible. Ce n'est pas interpréter une loi que de l'effacer et de l'annuler : l'interprète n'a pas ce droit-là. L'article 1121 n'est pas une innovation; les auteurs du code n'ont fait que formuler l'opinion de Pothier. Or, Pothier ne dit point que toute stipulation pour un tiers est une gestion d'affaires et valable à ce titre; il dit, au contraire, qu'il y a des cas où, tout en agissant dans l'intérêt d'un tiers, on ne gère pas ses affaires. Au titre des *Quasi-contrats* nous dirons quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait gestion d'affaires proprement dite. Quand il y a réellement gestion d'affaires, l'article 1121 est inapplicable; cet article reçoit donc son application dans tous les cas où la stipulation ne constitue pas le quasi-contrat de gestion d'affaires. Il y a deux principes en présence et en conflit : l'un nous défend de stipuler pour un tiers en notre nom : l'autre permet de gérer les affaires d'un tiers, et en les gérant, de stipuler en son nom. Il faut concilier ces deux principes en faisant à chacun sa part, il n'est pas permis d'absorber l'un au profit de l'autre (2).

Cette explication ne répond pas encore à toutes les difficultés de la matière. L'article 1119 dit que l'on ne peut

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 35, notes 2 et 3. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 41, n° 33 *bis* III. Demolombe, t. XXIV, p. 216, n° 240.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 309, et notes 19 et 20, § 343 *ter*.

en son propre nom stipuler pour un tiers. Est-ce à dire que la stipulation devienne valable par cela seul que l'on stipule au nom du tiers auquel la stipulation doit profiter? Les auteurs semblent l'entendre ainsi, car ils supposent toujours que celui qui agit dans l'intérêt du tiers agit en son propre nom, et ils valident la stipulation ainsi faite; les uns toujours, ou, comme ils le disent, le plus souvent, les autres dans les cas où il y a réellement gestion d'affaires. Nous croyons, avec Duranton, que cette interprétation de l'article 1121 n'est pas exacte. En disant que l'on ne peut en son propre nom stipuler pour un tiers, l'article 1119 formule la doctrine de Pothier, et Pothier explique que ce n'est pas promettre ni stipuler pour un tiers quand nous lui prêtons notre ministère, et que nous stipulons et promettons comme mandataires. Si j'agis sans mandat, mais au nom du tiers, la convention sera-t-elle valable? La loi distingue : la *promesse* est valable si je me porte fort pour le tiers; quant à la *stipulation*, elle ne devient pas valable par une clause de porte fort (n° 551), elle ne devient obligatoire que si le stipulant a un intérêt personnel à ce qu'elle soit exécutée. Quand cet intérêt existe-t-il? L'article 1121 le dit. Hors ce cas, la stipulation reste nulle, quand même le stipulant agirait au nom du tiers en se portant fort pour lui et que le tiers accepterait. Tels sont, à notre avis, les vrais principes, ils résultent du texte même des articles 1119-1121 (1).

558. Quand la doctrine est si peu précise, on conçoit que la jurisprudence soit hésitante. Je me rends adjudicataire d'un domaine et au moment même je déclare que je fais cette acquisition tant pour moi qu'au nom de mes deux fils. Je paye le prix. Aucun des fils ne déclare vouloir profiter de la stipulation que le père a faite en leur faveur. La stipulation est-elle valable? Non, dit la cour de Bordeaux; le père n'avait aucun mandat de ses enfants à l'effet de se rendre adjudicataire en leur nom. On objectait que le père devait être considéré comme gérant d'affaires; c'est l'argument des auteurs qui confondent la

(1) Duranton, t. X, p. 234, n°s 236 et 237

stipulation pour un tiers avec la gestion d'affaires, afin de valider la stipulation. La cour répond qu'il ne saurait y avoir de gestion d'affaires sans une affaire qui serve de cause au quasi-contrat de gestion. Or, dans l'espèce, la déclaration du père n'était point la conséquence d'une affaire commencée qui concernât ses enfants et où il pût intervenir; les enfants n'avaient point d'affaires, dès lors il était impossible que le père les gérât. Qu'est-ce donc que la déclaration faite par le père qu'il entendait faire l'acquisition tant en son nom qu'au nom de ses enfants? Une simple stipulation pour un tiers, nulle comme telle. Il eût fallu, d'après la cour, que cette stipulation fût acceptée par les enfants pour devenir obligatoire. Sur ce point, il nous semble que la cour s'écarte de la rigueur des principes. Si la stipulation n'est pas valable à titre de gestion d'affaires, il faut décider qu'elle est nulle comme stipulation pour un tiers; à moins qu'elle ne soit valable en vertu de l'article 1121, comme condition d'une stipulation que le père faisait pour lui-même; or, dans l'espèce, il n'y avait pas de condition; donc le père seul était acheteur; vainement les fils avaient-ils accepté la stipulation, une stipulation nulle n'est pas validée par l'acceptation qu'en fait le tiers (1). La cour de cassation a très-bien jugé que l'acceptation du tiers suppose que la stipulation est valable, et elle ne l'est que dans le cas prévu par l'article 1121 (2). Suffit-il qu'une acquisition soit faite au nom de l'acheteur et au nom d'un tiers pour que la stipulation en faveur du tiers soit valable? La cour semble l'admettre, cependant on n'est pas dans le cas de l'article 1121; la stipulation pour le tiers n'est pas une condition de la convention que le stipulant fait pour lui-même; pour que la stipulation devînt valable, il faudrait donc que l'on prouvât que le stipulant y avait un intérêt (n° 553). Cet intérêt peut exister, il peut aussi ne pas exister. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, l'acquéreur, loin

(1) Bordeaux, 21 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 282). Comparez Toulouse, 27 juin 1839 (Dalloz, n° 278); Rennes, 15 décembre 1848 (Dalloz, 1851, 5, 367).

(2) Rejet, 15 mai 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 282).

d'être intéressé à partager son acquisition avec le tiers, la garda pour son compte et la cour décida qu'il l'avait transmise à ses héritiers.

N° 2. EFFET DE LA STIPULATION A L'ÉGARD DU TIERS.

I. *De l'acceptation du tiers.*

559. L'article 1121, après avoir dit dans quels cas la stipulation au profit d'un tiers devient valable, ajoute : « Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus le révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Il ne suffit donc pas que la stipulation soit valable, quant au stipulant, pour qu'elle l'oblige, il faut de plus qu'elle soit acceptée par le tiers; la raison en est très-simple; le tiers n'est pas intervenu au contrat, il n'a pas stipulé; or, personne ne peut acquérir un droit sans sa volonté, il faut donc que le tiers déclare sa volonté. C'est une offre qui lui est faite, il doit l'accepter; quand il l'a acceptée, l'offre devient un contrat qui oblige toutes les parties intéressées : le stipulant, le promettant et le tiers, si l'offre implique une obligation. Jusqu'à l'acceptation il n'y a qu'une simple offre qui n'oblige pas le stipulant, il peut donc la révoquer. Tel est le principe admis par tout le monde (1); nous allons en déduire les conséquences.

560. La stipulation pour un tiers est d'ordinaire une libéralité que le stipulant lui fait. Naît alors la question de savoir si cette libéralité est soumise aux règles générales qui régissent les donations. Il faut distinguer : toute libéralité, sous quelque forme qu'elle se fasse, est assujettie aux règles spéciales qui concernent la capacité des parties contractantes, le rapport et la réduction. Il en est de même de la libéralité qui se fait par une stipulation pour un tiers : c'est le droit commun. Mais il y a une exception au droit commun quant aux formes. La stipulation pour le tiers peut se faire dans un contrat à

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 42, n° 33 *bis* IV. Demolombe, t. XX, p. 231, n° 248.

titre onéreux, et ces contrats ne sont soumis à aucune forme; dès lors la stipulation aussi est affranchie des formalités ordinaires qui sont requises pour la validité des donations. En effet, les conditions de forme dépendent de la nature du contrat principal; est-il à titre onéreux, aucune solennité n'est nécessaire quoiqu'il contienne une clause qui implique une libéralité au profit d'un tiers. Nous trouvons une application de ce principe dans l'article 1973. Une rente viagère est constituée au profit d'un tiers: c'est le constituant qui en fournit le prix. La loi décide que c'est une libéralité quant au fond, réductible, nulle en cas d'incapacité; mais l'article 1973 ajoute que cette libéralité n'est pas assujettie aux formes requises pour les donations. On doit appliquer le même principe à toute stipulation gratuite pour un tiers (1).

561. De là suit que l'acceptation du tiers ne doit pas être expresse, alors même que la stipulation contiendrait une libéralité en sa faveur. L'acceptation reste sous l'empire du droit commun; c'est une simple manifestation de consentement; or, le consentement peut s'exprimer par des faits aussi bien que par des paroles; l'acceptation peut donc être tacite. Il est vrai que l'article 1121 dit que le tiers doit *déclarer* vouloir profiter de la stipulation; mais le mot *déclarer* signifie ici manifester sa volonté, il y a déclaration de volonté quand l'intention d'accepter résulte des faits. Il a été jugé en ce sens que l'exécution de la stipulation emporte acceptation; certes, celui qui profite d'une stipulation déclare par là l'intention d'en vouloir profiter (2).

Un acte de vente d'un domaine est passé par-devant notaire pour une somme de 29,500 francs. Le même jour une contre-lettre, rédigée en trois originaux, déclare que cet acte n'est pas sérieux; que l'acheteur se constitue mandataire à titre gratuit des vendeurs, et prend l'engagement de les faire profiter pendant leur vie et leurs

(1) Duranton, t. X, p. 229, n° 232. Colmet de Santerre, t. V, p. 42, n° 33 *bis* V. Aubry et Rau, t. IV, p. 310, et note 22, § 343 *ter*.
(2) Bruxelles, 27 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 322). Caen, 7 mai 1845 (Dalloz, 1849, 2, 24).

enfants après leur mort du bénéfice excédant la somme de 29,500 francs; qu'à cet effet le bénéfice sera placé en rente au profit des vendeurs pour l'usufruit et au profit de leurs enfants pour la nue propriété. Un des originaux de la contre-lettre fut remis aux vendeurs, un second à l'acheteur, le troisième resta entre les mains du notaire, afin de sauvegarder les droits des mineurs. La même année, l'acheteur apparent fit donation aux filles des vendeurs, assistées de leur père acceptant pour elles, de certains immeubles dépendant du domaine vendu. C'était une dérogation à la contre-lettre; il en était de même pour d'autres actes de vente passés par l'acquéreur. De là la question de savoir si les enfants mineurs avaient le droit d'invoquer la stipulation que la contre-lettre contenait en leur faveur et s'il était au pouvoir du père d'anéantir ces droits. Il n'était pas contesté que la stipulation au profit des enfants fût valable, mais on prétendait qu'elle n'avait pas été acceptée. La cour décida que les vendeurs, père et mère, figuraient à l'acte pour eux et pour leurs enfants; il est si vrai que les enfants étaient considérés comme parties, que l'on dressa un troisième original pour leur tenir lieu de titre; l'assistance des parents, dit l'arrêt, ainsi que la délivrance de l'un des originaux au profit des mineurs, constituait une acceptation tacite de la libéralité, qui rendait irrévocables les stipulations contenues en l'acte de vente; par suite il n'était plus au pouvoir des stipulants d'y déroger. En conséquence, l'acquéreur mandataire fut condamné à rendre compte aux enfants de toutes les sommes qu'il avait perçues par suite des ventes qu'il avait opérées. Pourvoi en cassation. On soutenait que la stipulation ne rentrait pas dans les termes de l'article 1121, parce qu'il n'y avait pas de stipulant faisant, comme condition de la stipulation, une donation à un tiers, et qu'y eût-il stipulation valable, il n'y avait pas eu d'acceptation, parce que le stipulant ne peut pas tout ensemble donner et accepter pour le donataire. La cour rejeta le pourvoi. Il résultait, dit l'arrêt, de la contre lettre et de l'acte patent auquel elle dérogeait que les vendeurs aliénaient certains immeubles à charge par l'ache-

teur de les revendre partiellement, en plaçant l'excédant du prix sur la tête des enfants mineurs des vendeurs, et en réservant à ceux-ci l'usufruit de cet excédant. Cette donation éventuelle au profit des enfants était bien la condition des stipulations que les époux vendeurs faisaient pour eux-mêmes; donc elle tombait sous l'application de l'article 1121 : dispensée des formes authentiques exigées pour les donations, elle pouvait être acceptée tacitement, et une fois acceptée, les stipulants ne pouvaient plus renoncer aux avantages qui en résultaient pour leurs enfants (1).

562. Le tiers doit-il donner connaissance de son acceptation au stipulant? On dit que non, par la raison que la stipulation pour le tiers, alors même qu'elle serait une libéralité, n'est pas soumise aux formes des donations (2). Nous avons enseigné l'opinion contraire (n° 479), et nous la maintenons pour les stipulations qui se font en faveur d'un tiers comme clause accessoire d'un contrat principal. Il est vrai que l'article 1121 ne dit pas que le tiers doit donner connaissance de son acceptation au donateur, mais il ne déroge pas aux principes généraux qui régissent la formation des contrats; et c'est d'après ces principes que nous avons décidé que le pollicitant doit connaître l'acceptation de son offre pour que le contrat se forme.

563. L'acceptation peut se faire, toujours d'après le droit commun, aussi longtemps que le stipulant n'a pas révoqué son offre; du moment qu'il la révoque, le tiers ne peut plus accepter, l'offre rétractée étant censée n'avoir jamais été faite (3). Dans l'ancien droit, la question de savoir si le stipulant pouvait révoquer la libéralité qu'il faisait au tiers était très-controversée. On voit par la discussion à laquelle Pothier se livre que l'on n'appliquait pas les principes qui régissent la pollicitation; on posait la question en d'autres termes : Je vous donne tel do-

(1) Rejet, 25 avril 1853 (Dalloz, 1853, 1, 161). Comparez Rejet, 27 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 146).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 312, et note 29, § 343 *ter*.
(3) Rouen, 8 mai 1851 (Dalloz, 1852, 2, 262).

maine à charge de servir une rente de mille francs à ma nièce. Le contrat se forme entre vous et moi, ma nièce y est étrangère. Ne pouvons-nous pas résoudre le contrat, comme nous l'avons formé, par notre seul consentement et sans l'intervention du tiers (1)? La question était mal posée. Il y a deux conventions ou deux libéralités, dans l'espèce. La première est parfaite par le concours de consentement des parties contractantes. La seconde n'est qu'une offre, que le tiers doit accepter. Tant qu'il ne l'a pas acceptée, c'est une simple pollicitation qui peut être révoquée, d'après le droit commun; mais dès qu'il l'a acceptée, le second contrat se forme, et il est tout aussi irrévocable que le premier (2). L'article 1121 a consacré cette opinion qui n'est que l'application des principes généraux.

564. C'est aussi par ces principes qu'il faut décider la question de savoir par qui la révocation peut être faite. Puisque la stipulation pour le tiers contient une offre, cette offre peut être révoquée par celui qui la fait. Or, c'est le stipulant qui fait l'offre, car c'est lui qui impose cette charge au promettant comme condition de la stipulation ou de la donation principale. On pourrait objecter, comme on le faisait dans l'ancien droit, que la stipulation est la clause d'un contrat; or, les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties contractantes (art. 1134). L'objection ne tient pas compte de la nature particulière de la stipulation pour un tiers: cette clause est une offre, et ce n'est pas le promettant qui fait l'offre, c'est le stipulant; c'est donc le stipulant qui doit avoir le droit de la révoquer. Il n'y a plus de doute sur ce point, puisque le texte décide la question. En disant que celui qui a fait la stipulation au profit d'un tiers ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter, l'article 1121 dit implicitement que le stipulant peut révoquer sans le concours du promettant, puisque la loi ne l'exige point (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 73.
(2) Liége, 30 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 195).
(3) Duranton, t. X, p. 249, n° 244. Colmet de Santerre, t. V, p. 43, n° 33 *bis* VI. Aubry et Rau, t. IV, p. 310 et note 33, § 343 *ter*.

Cette décision n'est cependant pas absolue; elle suppose que l'offre émane exclusivement du stipulant, ce qui arrive toujours quand la stipulation est une charge que la donation impose au donataire. Mais la seconde libéralité peut aussi être une clause d'un contrat à titre onéreux ; dans ce cas, il se peut que le promettant concoure à l'offre. Je vends tel domaine à mon frère, à charge par lui de servir une rente de mille francs à notre mère. Qui fait l'offre? Ce peut être le vendeur seul, alors il pourra révoquer sans le concours de son frère. Mais si l'acheteur n'a consenti à cette charge que dans une intention de libéralité à l'égard de sa mère, l'offre émane réellement des deux parties contractantes et, dans ce cas, il faut le concours des deux pollicitants pour la révoquer (1).

565. Si le stipulant peut révoquer l'offre tant qu'elle n'est pas acceptée, il a aussi le droit de la modifier, pourvu que cette modification n'entraîne pas une aggravation de la charge que la stipulation impose au promettant. Un cas très-singulier s'est présenté devant la cour de cassation. Une mère donne, à titre de partage, tous ses biens à ses deux fils, à charge de servir une rente viagère de trois mille francs à leur aïeule, mère de la donatrice. Quinze jours plus tard, la stipulante passe un acte devant notaire par lequel elle déclare que la donation faite au profit de sa mère n'ayant pas encore été acceptée, elle a le droit de la modifier ; qu'usant de cette faculté, elle entend que cette donation ne soit maintenue à charge de ses fils que par voie d'action personnelle ; elle renonce, en conséquence, tant pour elle que pour la donataire, à tous droits, priviléges, actions résolutoires et hypothèques qui pourraient appartenir à elle ou à la donataire. La donataire accepte la donation qui lui était faite par le premier acte sans faire mention de la modification que le second acte y avait apportée; sur cela la stipulante révoque la libéralité qu'elle avait faite à sa mère, en se réservant de disposer de la rente révoquée. Après sa mort, l'aïeule intente une action en payement de la rente contre ses

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 480.

petits-fils. En appel, ceux-ci reconnaissent que la libéralité faite à leur aïeule n'avait pu être révoquée par la donatrice, puisqu'elle avait été acceptée, mais ils soutiennent que l'acte par lequel cette libéralité était modifiée devait recevoir son exécution, puisqu'il avait été fait avant l'acceptation de la donataire. La cour de Paris reconnut que la stipulante avait eu le droit de modifier une stipulation qui n'était pas encore acceptée; mais elle décida que les modifications constituaient une nouvelle libéralité qui aurait dû être acceptée par les promettants au profit desquels elle était faite. Or, cette libéralité n'avait jamais été acceptée, donc la stipulation primitive, dûment acceptée, devait recevoir son exécution. Pourvoi en cassation. Le pourvoi soutient que l'acte qui avait simplement modifié la stipulation primitive, en renonçant aux garanties réelles qu'elle donnait, n'était pas une donation et n'avait, par conséquent, pas besoin d'être acceptée. Ce moyen fut admis et l'arrêt de la cour de Paris cassé de ce chef. La cour décide, en principe, comme nous l'avons fait, que la stipulation faite en faveur du tiers peut être révoquée et à plus forte raison modifiée par le stipulant, sans le concours du promettant, à l'égard duquel la stipulation n'a que le caractère d'une charge. Ces modifications, ne constituant qu'une diminution de la charge, n'étaient pas une libéralité nouvelle et ne devaient pas être acceptées pour être valables. C'était une simple renonciation à des garanties réelles, renonciation que le créancier peut faire sans le concours du débiteur (1). Nous reviendrons sur ce dernier point en traitant de la remise de la dette.

566. Si le stipulant révoque la stipulation qu'il a faite au profit d'un tiers, que devient la charge ou la prestation qui en formait l'objet? On enseigne généralement que le stipulant a le droit d'exiger cette prestation à son profit personnel, à moins que la charge ne fût aggravée par cette substitution du stipulant au tiers. Sur ce dernier point, il n'y a aucun doute; il va sans dire que le

(1) Cassation, 27 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 350).

stipulant ne peut pas aggraver la charge que le contrat impose au promettant; entre le stipulant et le promettant, il faut appliquer la règle formulée par l'article 1134 : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent être ni révoquées ni modifiées que de leur consentement mutuel. Mais, en supposant même que la charge ne soit point aggravée, le stipulant peut-il, par sa seule volonté et dans tous les cas, se substituer au tiers? Il nous semble qu'il faut distinguer : si le contrat principal est à titre onéreux, tel qu'une vente, et si la charge stipulée au profit d'un tiers fait partie du prix, dans ce cas la stipulation pour le tiers est une diminution du droit que le stipulant tient de son contrat; en révoquant la stipulation, il rentre dans la plénitude de son droit, il peut demander le prix intégral dont la charge fait partie, il peut donc réclamer l'exécution de la charge pour son compte, sans que le promettant ait droit de se plaindre; il doit la prestation, peu importe à qui il la paye; il ne peut plus la payer au tiers, puisque le stipulant a révoqué son offre; il doit donc la payer au stipulant, car il doit tout son prix. Mais la charge peut aussi être une limitation ou une diminution des droits du promettant; c'est une donation, par exemple, le donataire s'est obligé à servir une rente à un tiers; la charge est révoquée, elle tombe : à qui doit profiter cette caducité? N'est-ce pas à celui qui était tenu à la prestation? Le donateur n'a rien stipulé pour lui, il n'a droit à rien, peut-il se créer un droit en révoquant la charge? N'est-ce pas modifier le contrat intervenu entre lui et le donataire principal? C'est le cas d'appliquer l'article 1134 : le donateur ne peut pas modifier le contrat à son profit sans le concours du donataire (1).

567. On demande si le promettant peut s'opposer à la révocation de la stipulation qui lui impose une charge au profit d'un tiers. Nous avons d'avance répondu à la question (n° 565). Si l'offre émane du stipulant seul, le pro-

(1) En sens contraire, Duranton, t. X, p. 250, n° 245; Demante, t. V, p. 43, n° 33 *bis* VII; Larombière, t. I, p. 118, n° 6 de l'article 1121 (Ed. B., t. I, p. 57); Demolombe, t. XXIV, p. 233, n° 251; Aubry et Rau, t. IV, p. 310 et note 24, § 343 *ter*.

mettant qui y reste étranger ne peut certes pas s'opposer à la révocation que le stipulant a le droit de faire sans son concours : il ne peut s'y opposer que lorsque lui-même est partie dans l'offre. Hors ce cas, il est sans droit. Son intérêt n'est en jeu que lorsque la prestation révoquée est maintenue au profit du stipulant. On applique, dans ce cas, la distinction que nous venons de faire. Le stipulant a-t-il le droit de se substituer au tiers, le promettant lui devra la prestation, sauf à la limiter aux termes de la clause; si c'est un droit viager, la durée de la prestation sera fixée, non d'après la vie du stipulant, mais d'après la vie du tiers; la prestation subsiste, mais sans aggravation. Que si la stipulation ne constitue pas un droit pour le stipulant, le promettant peut se refuser à faire la prestation quand elle sera révoquée (1).

Il y a un cas dans lequel la révocation de la stipulation profite nécessairement au promettant : c'est quand l'objet de la stipulation ne peut, à raison de son caractère personnel, être réclamé que par le tiers; celui-ci n'ayant plus le droit de l'exiger, puisqu'elle est révoquée, et le stipulant, on le suppose, ne pouvant en profiter, la charge devient caduque, et la caducité peut être invoquée par celui qui était tenu de la charge. Sur ce point, tout le monde est d'accord (2).

II. *Droits du tiers.*

568. Le tiers au profit duquel la stipulation est faite a-t-il une action directe contre le promettant? On admet qu'il a une action personnelle contre le promettant à l'effet de le contraindre à exécuter la prestation (3). Cela nous paraît très-douteux. Pothier, il est vrai, reconnaissait au tiers le droit d'agir, mais il ne lui accordait qu'une action utile, fondée sur la seule équité (4). C'est dire que, d'après

(1) Comparez Duranton, t. X, p. 250, n° 246. Aubry et Rau, t. IV, p. 310, note 25.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 311, et note 26, et les auteurs qui y sont cités.

(3) C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. IV, p. 312, § 343 *ter*).

(4) Pothier, *Des obligations*, n° 72. Un arrêt de la cour de La Haye qualifie aussi l'action du tiers d'*action utile* (arrêt du 7 janvier 1825, *Pasicrisie*, 1825, p. 274).

les principes de droit, le tiers n'aurait pas d'action contre le promettant. Et la raison en est très-simple. Peut-il y avoir une action contre quelqu'un qui ne s'est pas obligé? Or, le promettant n'a contracté aucune obligation à l'égard du tiers, puisque celui-ci n'a pas parlé au contrat; il n'y a donc aucun lien de droit entre lui et le tiers. Dès lors nous ne voyons pas en vertu de quel principe le tiers aurait une action directe et personnelle contre le promettant. Il est certain que l'article 1121 ne donne aucune action au tiers. La loi dit seulement dans quels cas la stipulation pour le tiers, nulle en principe, devient valable. De ce que la loi déclare la stipulation valable, faut-il conclure qu'elle accorde une action directe au tiers? Il faut voir pourquoi et en quel sens la stipulation est valable. La stipulation pour le tiers est nulle, d'abord parce que le stipulant n'a aucune action, faute d'intérêt, puis parce que le tiers n'en a pas comme étant étranger au contrat. Dans les cas prévus par l'article 1121, le stipulant a un intérêt à la stipulation; cet intérêt lui donne action contre le promettant. Mais cela est étranger au tiers; il reste toujours vrai de dire que lui n'est pas intervenu au contrat, le promettant ne s'est pas obligé envers lui, donc il ne peut pas avoir d'action. L'équité, sans doute, demanderait qu'il eût une action, puisque la stipulation est valable et que cette stipulation est faite dans l'intérêt du tiers; mais l'équité ne suffit point pour donner une action contre une personne qui n'est pas obligée. Il n'y a point d'action sans engagement personnel du débiteur; or, le promettant est débiteur du stipulant, il ne l'est pas du tiers. Est-ce à dire que celui-ci soit sans action? Il a l'action du stipulant contre le promettant, en vertu de l'article 1166. En effet, le stipulant fait une offre au tiers, celui-ci l'accepte; voilà le contrat formé entre eux, la loi le déclare irrévocable; donc le tiers peut agir contre le stipulant et, par suite, exercer l'action que celui-ci a contre le promettant.

569. L'application du principe donne lieu à des difficultés nouvelles. D'accord pour donner au tiers une action directe, les auteurs se divisent quand il s'agit d'appliquer

le principe. Il y a des hypothèques, des priviléges ou d'autres garanties, telles que l'action résolutoire, attachées au contrat, dont la stipulation forme une charge : le tiers peut-il exercer ces droits? Dans notre opinion, le tiers a contre le stipulant une action purement personnelle naissant de l'offre et de l'acceptation. Cette action n'a rien de commun avec celle que le stipulant a contre le promettant; ce n'est pas le tiers qui est vendeur ou donateur, il ne peut donc réclamer les droits qui dérivent de la donation ou de la vente. Mais le tiers, créancier du stipulant, peut exercer les droits de son débiteur contre le promettant en vertu de l'article 1166; or, les créanciers qui agissent au nom de leur débiteur jouissent de tous les droits qui appartiennent au débiteur, c'est le débiteur qui est censé agir par leur intermédiaire; donc le tiers, agissant en vertu de l'article 1166, pourra exercer les priviléges ou hypothèques et les actions résolutoires qui appartiennent au stipulant. Bien entendu qu'il ne profitera pas seul du bénéfice de l'action; le produit du droit exercé par le créancier au nom de son débiteur entre dans le patrimoine de celui-ci et devient le gage de tous ses créanciers.

Il faut nous placer maintenant sur le terrain de l'opinion contraire qui est généralement suivie. Les auteurs sont divisés. Il y en a qui ne reconnaissent au tiers ni le privilége du vendeur ou du donateur, ni l'action en résolution ou en révocation qui leur appartiennent. Nous croyons que c'est la bonne opinion. Le tiers, on le suppose, a une action directe contre le promettant. C'est une action personnelle qui n'a d'autre fondement que l'équité. Elle n'a donc rien de commun avec l'action qui naît du contrat intervenu entre le stipulant et le promettant; à quel titre le tiers aurait-il le privilége du vendeur ou du donateur, alors qu'il n'est ni vendeur ni donateur (1)? D'autres auteurs distinguent : ils accordent au tiers toutes les sûretés qui garantissent l'exécution du contrat principal dont la stipulation forme une charge (2), mais ils lui

(1) Larombière, t. I, p. 120, n° 9 de l'article 1121 (Ed. B., t. I, 58). Demolombe, t. XXIV, p. 237, n° 256.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 312 et note 30, § 343 *ter*.

refusent l'action en résolution ou en révocation. Cela nous paraît très-illogique : leur accorder les priviléges et hypothèques attachées à la créance principale, c'est dire qu'ils exercent cette créance, car ils ne peuvent pas avoir droit aux accessoires sans avoir droit au principal. Et s'ils ont l'action même qui naît du contrat principal, ils doivent avoir tous les droits qui en dépendent, l'action en résolution aussi bien que les priviléges et hypothèques. Ont-ils l'action du vendeur et du donateur, alors ils jouissent de tous leurs droits. N'ont-ils pas cette action, alors ils ne peuvent réclamer aucun de leurs droits ; leur action est purement personnelle.

La jurisprudence est indécise comme la doctrine. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui en apparence consacre les principes que nous avons soutenus. Mais en y regardant de près, on voit que c'est un arrêt d'espèce qui n'a aucune importance doctrinale, car la cour prend soin de dire qu'elle décide eu égard aux faits et circonstances de la cause (1). Dans une autre espèce, la cour de cassation a décidé que le tiers avait droit à l'hypothèque conventionnelle garantissant la créance principale. Il n'y avait aucun doute, à notre avis, puisque le stipulant cédait au tiers une partie de sa créance, et il la cédait naturellement avec l'hypothèque qui la garantissait. Le mari, en vendant un de ses immeubles, stipule, au profit de sa femme mariée sous le régime dotal, qu'une partie du prix sera payée à celle-ci en déduction de ses reprises, sous le cautionnement hypothécaire d'un tiers. Il a été jugé que la femme, ayant accepté cette stipulation, se trouvait investie de la créance existant contre l'acheteur pour la portion du prix qui lui était déléguée et, par conséquent, de l'hypothèque qui en assurait le payement (2).

570. Le stipulant peut demander la résolution du contrat principal quand le promettant n'exécute pas la charge qui lui a été imposée. C'est l'application du principe établi par l'article 1184 : la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas

(1) Rejet, chambre civile, 23 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 198).
(2) Cassation, 12 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 278).

où l'une des parties ne satisfait point à ses engagements. L'article 953 applique le même principe aux donations. On demande ce que devient la stipulation faite au profit du tiers lorsque le contrat auquel elle est attachée vient à être résolu? Dans notre opinion, il y a deux contrats indépendants l'un de l'autre, en ce sens que l'un peut subsister quoique l'autre soit résolu. Supposons une donation faite avec charge et que la charge contienne une donation au profit d'un tiers. La donation principale est résolue pour cause d'inexécution de la charge, cela n'empêchera pas la libéralité faite sous forme de charge de subsister; elle subsiste, parce qu'il n'y a pas de cause pour laquelle elle soit résolue. On objecte que la résolution du contrat principal doit entraîner la résolution de la charge qui en est une clause. Sans doute, la charge, comme telle, tombe; il n'y a plus de donation, il n'y a donc plus de donataire principal, partant plus d'obligation de remplir la charge à raison de laquelle la donation a été révoquée. Mais rappelons-nous que ce n'est pas le donataire, le promettant qui a fait la libéralité secondaire, elle lui a été imposée comme charge par le donateur, le stipulant. Or, de ce que le stipulant a le droit de révoquer la donation principale il ne suit certes pas qu'il ait le droit d'anéantir la libéralité qu'il a faite sous forme de charge, libéralité que l'article 1121 déclare irrévocable du moment que le tiers l'a acceptée.

Ainsi la stipulation au profit du tiers subsiste, mais qui devra l'exécuter? Ce n'est pas le promettant, puisqu'il n'y a plus de promettant. C'est donc le stipulant. Dira-t-on qu'il n'y a plus de stipulant, par cela seul qu'il n'y a plus de promettant? Cela est vrai, mais il reste un donateur et un donataire; le donataire conserve contre le donateur l'action qu'il a en vertu de l'acceptation qu'il a faite de l'offre et qui a lié le stipulant à son égard. C'est dire que le donateur sera tenu d'exécuter, nous ne dirons pas la charge, mais la libéralité (1).

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 238, n° 257, suivi par Aubry et Rau, t. IV, p. 313 et note 31. En sens contraire, Larombière, t. I, p. 122, n° 10 de l'article 1121.

Dans notre opinion, le tiers donataire n'a plus aucune action contre le promettant, donataire principal. On enseigne cependant le contraire lorsque le promettant néglige d'appeler le tiers en cause pour se faire décharger de l'obligation qu'il avait contractée envers lui; on prétend que, dans ce cas, le promettant devra continuer à remplir la charge, sauf son recours contre le stipulant. Nous ne comprenons pas qu'il y ait une charge, alors que le contrat est résolu pour cause d'inexécution de la charge. Invoquera-t-on les principes qui régissent la chose jugée? Le contrat est résolu entre le stipulant et le promettant, il ne l'est pas à l'égard du tiers, puisque celui-ci n'a pas été en cause. Cela est vrai, mais qui doit mettre le tiers en cause? Le stipulant, puisqu'il n'y a de lien qu'entre lui et le tiers; or, le stipulant n'a aucun intérêt à mettre le tiers en cause; par le fait seul de la résolution du contrat principal, il restera tenu d'exécuter la libéralité, comme il en était tenu en vertu de son offre et du contrat qui en est résulté par l'acceptation du tiers (1).

N° 4. EFFET DE LA STIPULATION A L'ÉGARD DES HÉRITIERS.

571. On suppose que le stipulant ou le tiers vienne à mourir avant que le tiers ait accepté la stipulation faite à son profit; la stipulation passerait-elle aux héritiers du stipulant ou du tiers? Nous croyons que la stipulation ne peut pas passer aux héritiers ni du stipulant ni du tiers. Il y a de cela une raison qui nous paraît péremptoire. Les héritiers succèdent aux droits et aux obligations de leur auteur, quand il y a un droit et une obligation. Mais, dans l'espèce, le stipulant n'est pas obligé et le tiers n'a aucun droit. En effet, il est de principe, tout le monde le reconnaît, que la stipulation faite au profit du tiers n'est qu'une simple offre, c'est-à-dire une pollicitation ; la loi même le dit, puisque l'article 1121 permet au stipulant de révoquer son offre tant que le tiers ne l'a pas acceptée. Jusqu'à cette acceptation, il n'y a aucun

(1) En sens contraire, Demolombe, t XXIV, p. 240, n° 258, suivi par Aubry et Rau.

lien entre le stipulant et le tiers, et quand l'un d'eux vient à mourir, ce lien ne peut plus se former, puisque le concours de volontés n'est plus possible. On prétend que le principe qui régit les pollicitations n'est pas applicable à la stipulation faite au profit d'un tiers. Une pareille stipulation, dit-on, n'est pas une offre faite en vue d'un contrat à conclure, mais une simple clause, une charge ou un mode de la convention déjà formée à laquelle elle se rattache. Cette argumentation nous paraît d'une faiblesse extrême; elle absorbe la stipulation au profit du tiers dans la stipulation principale, comme s'il n'y avait qu'un seul et même contrat, tandis qu'en réalité il y en a deux : une convention entre le stipulant et le promettant, et une convention entre le stipulant et le tiers. La première convention est formée par le concours de volontés du stipulant et du promettant, mais de là ne suit pas que la seconde convention soit déjà formée, elle se formera par l'acceptation du tiers; jusque-là il n'y a pas de lien entre le stipulant et le tiers, l'article 1121 le dit; le lien doit donc seulement se former; or, il ne peut se former que par le concours de volontés des deux parties, et ce concours devient impossible lorsque l'une d'elles meurt. Les auteurs que nous combattons admettent que la résolution de la stipulation principale n'entraîne pas la résolution de la stipulation accessoire; ils admettent donc qu'il y a deux contrats distincts, indépendants l'un de l'autre; donc chacun ne se forme comme chacun ne se dissout que par un concours de volontés. On invoque la tradition; elle a peu d'autorité en cette matière, parce que les principes n'étaient pas bien arrêtés dans l'ancien droit; dans les controverses auxquelles donnait lieu la stipulation pour un tiers on n'invoquait pas le principe des offres, tandis que les auteurs modernes en font la base de leur théorie. Il faut être logique : quand on admet le principe, on doit aussi admettre les conséquences (1).

(1) C'est l'opinion de M. Colmet de Santerre (Demante, t. V, p. 44, n° 33 *bis* VIII), et de Marcadé, t. IV, p. 369, n° III de l'article 1121. En sens contraire, Duranton, t. X, p. 253, n° 249. Aubry et Rau, t. IV, p. 311 et note 27, § 343 *ter*. Rejet, 22 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 385).

572. Les auteurs qui professent l'opinion contraire ne s'accordent pas sur les conséquences du principe qu'ils admettent. En règle générale, ils permettent aux héritiers du tiers d'accepter l'offre faite par le stipulant, toutefois avec cette restriction que la stipulation ne peut pas être acceptée par les héritiers lorsqu'elle est faite dans l'intérêt personnel et exclusif du tiers; ce que les juges décideront d'après l'objet de la stipulation ou les termes dans lesquels elle est conçue. Sur ce point, les auteurs sont d'accord. Mais quelle sera la position des héritiers du stipulant? Peuvent-ils révoquer la stipulation ou la stipulation devient-elle irrévocable par la mort du stipulant? La logique demande que les héritiers du stipulant aient le droit de révoquer; en effet, si l'on admet que la stipulation passe aux héritiers des parties intéressées, elle ne peut passer aux héritiers que telle qu'elle existait à l'égard des parties elles-mêmes; or, le stipulant pouvait révoquer, donc ses héritiers doivent avoir le même droit. C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Demolombe (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 311, note 27, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Demolombe, t. XX, p. 90, III, nº 93.

FIN DU TOME QUINZIÈME.


UNIVERSIDAD DE SEVILLA